

THÈSE DE
PARIS.
1889
N^o. 100.

UNIVERSITÉ DE FRANCE
FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DROIT ROMAIN

ACTION FAMILIÆ ERCISCUNDÆ

DROIT FRANÇAIS

DU

PARTAGE D'ASCENDANTS

AU POINT DE VUE DES DROITS D'ENREGISTREMENT

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

Le jeudi 27 juin 1889, à 2 heures 1/2

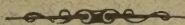
PAR

Gustave-Julien-Henri DE RIDDER

Président : M. DEMANTE, professeur.

Suffragants : { MM. GÉRARDIN, } professeurs.
LEFEBVRE }
CHAVEGRIN, agrégé.

Le Candidat répondra, en outre, aux questions qui lui seront faites sur les autres matières de l'enseignement.



PARIS
IMPRIMERIE DES ÉCOLES
HENRI JOUVE

23, Rue Racine, 23

1889

THÈSE

POUR

LE DOCTORAT

UNIVERSITÉ DE FRANCE
FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DROIT ROMAIN
ACTION FAMILIÆ ERCISCUNDÆ

DROIT FRANÇAIS
DU
PARTAGE D'ASCENDANTS
AU POINT DE VUE DES DROITS D'ENREGISTREMENT

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

Le jeudi 27 juin 1889, à 2 heures 1/2

PAR

Gustave-Julien-Henri DE RIDDER

Président : M. DEMANTE, professeur.

Suffragants : { MM. GÉRARDIN, } professeurs.
LEFEBVRE }
CHAVEGRIN, agrégé.

Le Candidat répondra, en outre, aux questions qui lui seront faites sur les autres matières de l'enseignement.

PARIS
IMPRIMERIE DES ÉCOLES
HENRI JOUVE

23, Rue Racine, 23

1889



La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

DROIT ROMAIN

ACTION FAMILIÆ ERISCUNDÆ

INTRODUCTION

L'indivision est en général un état fâcheux, engendrant des procès, mettant obstacle à l'amélioration des biens. Il importe d'en sortir au plus vite. Cela est surtout vrai quand cette indivision est involontaire et forcée. Elle est en effet alors purement passive, ne répond à aucun but, se produit entre gens qui ne se connaissent pas, n'ont pas d'intérêts communs et surtout n'apportent à la gestion des biens indivis que des vues particulières et égoïstes, ne s'inquiétant guère des affaires de leurs co-propriétaires, dont ils n'ont le plus souvent rien à attendre et qui sont même quelquefois incapables de leur apporter le moindre concours. On ne choisit pas en effet ses co-propriétaires, quand l'indivision résulte des hasards d'une succession, d'un legs ou de quelque autre fait particulier, duquel la loi romaine faisait résulter dans certains cas la co-propriété. Au contraire quand des biens ont été mis en commun par plu-

sieurs personnes dans un but déterminé, avec obligation pour elles d'employer leurs efforts pour poursuivre et atteindre ce but, les inconvénients de l'indivision ne se retrouvent plus et font même place à des avantages sérieux, résultant de l'accumulation et de la concentration des biens, et de leur application à un même objet. Comme la communauté provient ici de la volonté libre des individus, qui ont jugé qu'elle serait plus profitable que nuisible à leurs intérêts, il n'y a aucun motif de faire échec à cette volonté et de permettre à un seul de rompre le contrat qu'il a formé sans motif suffisant et malgré ses co-contractants. L'indivision est le résultat d'une obligation prise par chacun, et cette obligation doit être respectée. Aucune obligation pareille n'existe en revanche, quand on est en présence de co-propriétaires involontaires, et c'est précisément dans ce cas que les inconvénients de l'indivision sont les plus grands. Aussi s'explique-t-on que toutes ou presque toutes les législations ont admis la nécessité de sortir à bref délai d'une semblable indivision. De là la maxime romaine : « *In communione vel societate nemo compellitur invitatus detineri.* » (L. 5, C. Com. div. III, 37), maxime que reproduit l'article 815 du Code civil.

Ce n'est pas que toujours, chez tous les peuples, on ait considéré l'indivision forcée comme un état anormal. L'histoire nous apprend, qu'à l'origine des civilisations, la communauté, soit entre les familles, soit entre les tribus, était la règle. Peut-être en a-t-il été de même à Rome, comme pourrait le faire supposer l'espèce de co-propriété au moins virtuelle que l'on attribue aux fils de famille sur le patrimoine du père. Au Moyen-Age on rencontre les sociétés

taissables, imaginées surtout pour soustraire les tenanciers aux droits seigneuriaux de mutation, et de nos jours encore la co-propriété se retrouve chez beaucoup de peuples d'une civilisation même assez avancée, comme les Russes, les Arabes, etc.

Quoiqu'il en soit, ce fut de très bonne heure que l'on reconnût à Rome la nécessité de ne pas prolonger indéfiniment l'indivision, sans qu'il soit possible de fixer une époque précise. La loi des Douze Tables, qui sans doute ne faisait que consacrer une règle antérieure, posa en principe que nul n'était tenu de demeurer dans l'indivision, et comme le principe posé, il fallait pourvoir à son application, elle donna ou maintint aux communistes le droit de réclamer un partage par la voie judiciaire, s'ils ne parvenaient pas à s'entendre à l'amiable. Ce droit fut sanctionné par une action que l'on appela action *familiæ erciscundæ*. Comme elle n'avait pas une application générale, une seconde action vint suppléer à ses lacunes, c'est l'action *communi dividundo*. Enfin l'action *finium regundorum* fut réservée à certains cas particuliers, et encore n'est-ce pas véritablement une action en partage, car elle ne met fin qu'à une indivision de fait et non de droit. Je n'étudierai que la première de ces trois actions et j'examinerai successivement ses caractères, les conditions principales de son exercice, ce qui formait la masse à partager, quel était l'*officium judicis*, puis les effets du partage, et ses causes de nullité ou rescision.

CHAPITRE PREMIER

CARACTÈRES DE L'ACTION FAMILIÆ ERCISCUNDÆ

L'action *familiæ erciscundæ* remonte, comme je l'ai dit, aux Douze Tables, peut-être même au-delà. Le texte primitif d'après Godefroy serait le suivant : *Nomina inter hæredes pro portionibus hereditariis ercta-cita sunt; cæterarum rerum...., si volent erctum-citum (divisionem) faciunto; Prætor ad erctum ciendum arbitros tres dato*. Le nom même de *familiæ erciscundæ* ou *herciscundæ* montre l'ancienneté de l'action, car le mot *erciscundæ* appartient sans doute à la langue primitive romaine. Festus en donne l'étymologie suivante : *Erctum citumque fit inter consortes, ut in libris legum romanarum legitur. Erctum a coercendo dictum; unde et erciscundæ et ercisci. Citum autem est vocatum a ciendo*. Ce que M. Jousserandot (*Edit Perpétuel*, I. p. 233) traduit ainsi : Cette formule s'emploie entre co-partageants, comme on le voit dans les livres des lois romaines. *Erctum* vient de *erciscere* (partager), d'où les mots *erciscundæ* et *ercisci*; *citum* vient de *ciere* (provoquer). L'action est donc une action en demande de partage. En général, on la considère comme plus ancienne que l'action *communi dividundo*, quoique ce ne soit là en définitive qu'une conjecture vraisemblable, mais que l'absence de textes précis empêche de considérer comme abso-

lument prouvée. On peut remarquer que la loi des XII Tables semble ne mentionner qu'une seule action ; de plus, à l'origine, l'indivision devait surtout provenir de successions et s'appliquer à des patrimoines entiers, la part faite dans les testaments aux dispositions particulières, très importante à la fin de la République et sous l'empire, n'étant probablement pas très considérable dans les premiers siècles de Rome. C'est en effet assez tard qu'on a jugé nécessaire de protéger les héritiers légitimes contre les prodigalités testamentaires de leurs auteurs, et il est fort possible que, primitivement, l'indivision entre les membres de la *familia*, après avoir été naturelle et forcée dans un état antérieur du droit, ait continué à se présenter seule dans la pratique et ait seule été prévue par le législateur. Il n'avait pas paru nécessaire de créer une action spéciale pour les quelques cas de communauté ne résultant pas d'une succession légitime ou testamentaire. Le partage amiable devait suffire pour rétablir la propriété individuelle. Cependant l'action *communidividundo* était certainement assez ancienne, et quelques auteurs ont même supposé qu'elle était consacrée par les XII Tables (M. Accarias).

L'action *familiæ erciscundæ* ayant sa source dans une loi était du droit civil, et avait les caractères des actions civiles. Sa formule, par conséquent, pouvait avoir une *intentio concepta in jus*, car elle reposait sur un rapport de droit fondé sur le *jus civile*. Une pareille *intentio* ne paraît d'ailleurs pas avoir été toujours nécessaire, et rien n'empêchait sans doute de la rédiger aussi *in factum*, suivant l'exemple que nous donne Gaius pour l'action *depositi*.

En outre l'action était perpétuelle, au moins à l'époque classique, car au sujet de la prescription établie par Théodose le Jeune et Justinien, il s'élève une question assez importante, qui sera examinée plus loin. Le préteur accordant dans certains cas une action utile, cette action participait alors du caractère des actions honoraires, mentionnées dans l'Édit, et était temporaire. Mais, en fait, cette action utile devait toujours être reproduite par les édits successifs, ce qui enlevait une partie de l'intérêt de la distinction entre l'action directe et l'action prétorienne. Le préteur dans son Édit n'indiquait pas seulement l'action qu'il avait créée sur le modèle de l'action civile; il mentionnait également cette dernière action, mais cette mention était plutôt motivée par le désir de rappeler aux citoyens les voies de recours à leur disposition, que par la nécessité; aussi l'omission d'une action civile sur l'album n'en eût pas entraîné la suppression, comme cela aurait certainement eu lieu pour une action honoraire. Les termes employés par le préteur étaient généraux et embrassaient les différents genres d'action, ainsi que le montre M. Jousserandot dans son essai de restitution de l'Édit Perpétuel (II. p. 233). Ces termes seraient en effet les suivants : « *Familiæ eriscundæ judicium inter coheredes dabo; ita ut judex, qui de ea re datus erit, si rerum, non etiam nominum commode divisio fieri nequeat, uni rem adjudicare eumque alteri certa pecunia condemnando, atque præstationum habita ratione, quanto æquius melius esse videbitur, cætera derimere possit* (L. 1, 3 — 2, pr. — 22, 1 D. fam. erc. XI, 2) ». « Je donnerai action entre co-héritiers pour le partage d'une

hérédité, de façon que le Juge, appelé à statuer, s'il ne peut pas partager commodément les choses, non les créances et les dettes, puisse adjuger la chose à un seul héritier, en le condamnant à payer à l'autre une somme déterminée, et qu'il puisse régler toutes les autres difficultés, en imposant aux copartageants les prestations qui lui paraîtront les plus équitables ». L'hérédité dont parle le prêteur doit être entendue dans le sens large que lui a donné le droit honoraire, et comprend les hérédités légitimes comme les *bonorum possessiones*, ainsi qu'on le verra ci-après.

L'action *familiæ erciscundæ* était une action de bonne foi comme l'action *communi dividundo*. Les Institutes de Justinien, dans la liste qu'elles nous donnent des actions de bonne foi au titre *De actionibus* (IV-6,28), mentionnent les deux actions en partage après l'action *pignoratitia*, et avant l'action *præscriptis verbis*. Cette place n'est peut-être pas accidentelle. Elle indique sans doute une transformation juridique qui s'est peu à peu opérée dans le caractère des actions divisoires. Ce n'est pas à dire que ces actions aient été considérées à aucune époque comme des actions de droit strict. Celles-ci étaient en effet seulement des *condictiones*, ce que n'a jamais été l'action *familiæ erciscundæ*. Mais il faut remarquer que la distinction entre les actions *bonæ fidei et stricti juris* n'était pas générale, et n'embrassait pas l'ensemble des actions. C'est ce que prouvent suffisamment les paroles des Institutes (texte cité) : « *Actionum autem quædam bonæ fidei sunt, quædam stricti juris* ». Il est possible qu'à l'origine on n'ait pas rangé l'action *familiæ ercis-*

cundæ au nombre des actions de bonne foi. Cependant avant l'introduction du régime formulaire, cette action s'exerçait par la *legis actio* appelée *judicis postulatio*. Telle est au moins la conjecture la plus vraisemblable, car les seuls renseignements positifs que l'on possède sur cette *legis actio* se bornent à une formule citée par Valerius Probus : *Arbitrum judicemve postulo uti des*. Il est probable que cette *legis actio*, qui ne s'appliquait ni aux actions réelles soumises au *sacramentum*, ni aux actions personnelles ayant pour objet une chose déterminée, comprenait les actions qui plus tard devinrent les *bonæ fidei actiones*. Il est d'ailleurs difficile, dans l'état actuel de nos connaissances, de s'expliquer comment la procédure du *sacramentum*, dans laquelle chacun gagne ou perd pour le tout, aurait pu servir à partager des biens et à compenser entre elles les obligations réciproques des parties. Aussi admet-on généralement que la *judicis postulatio* était la *legis actio* à employer pour demander le partage de biens indivis, conjecture confirmée par ce que Cicéron dit des actions de bonne foi, dans lesquelles la coutume permettait de *rogare judicem* (*De off.* III 10). Cependant on a argumenté précisément d'un texte de Cicéron pour soutenir que l'action *familiæ erciscundæ* n'était pas de son temps considérée comme étant de bonne foi, car il ne la mentionne pas en parlant des actions de cette espèce (*De off.* III, 15 et 17). Gaius dans un passage de ses Commentaires, (IV-62) en énumérant les actions de bonne foi, ne cite pas non plus l'action *familiæ erciscundæ* ou l'action *communi dividendo*, mais ce passage en partie illisible, contient deux lignes dont l'une est la

répétition de l'autre, et cette erreur de copiste permet de supposer qu'une partie du texte a été sautée et remplacée par l'une des deux lignes répétées. Fût-il même correct dans sa teneur actuelle, le texte de Gaius ne prouverait rien, car il n'embrasse pas en réalité, malgré son apparence limitative, toutes les actions de bonne foi, ne citant pas par exemple l'action *rei uxoriæ* qui était de bonne foi déjà pour Cicéron, ni l'action *communi dividundo* qu'un texte du Digeste présente comme étant de bonne foi (L. 4, 2. D. X, 3). On invoque également un passage de Scævola qui exige l'insertion de l'exception de dol dans la formule de l'action *familiæ erciscundæ* de la part du cohéritier, qui a fait des frais pour soutenir un procès dans l'intérêt commun, et une pareille exception est inutile dans les actions de bonne foi (L. 39, pr. D. X, 2). Mais ce texte, en le supposant même exact, est contredit par d'autres passages du Digeste, comme celui où Julien donne au juge le pouvoir, spécial aux actions de bonne foi, d'opérer la compensation entre les dettes respectives des héritiers (L. 52, 2. D. X, 2), et celui où Ulpien déclare que les intérêts des dépenses faites par un héritier lui sont dus dès le jour de la mise en demeure (L. 18, 3. D. X, 2).

Il convient de remarquer que nulle part dans le Digeste l'action *familiæ erciscundæ* n'est indiquée en termes exprès comme étant de bonne foi. Mais ce caractère ne doit pas moins lui être attribué, car plusieurs textes l'admettent implicitement en dehors de ceux déjà cités. C'est ainsi que le paragraphe 8 de la loi 44 (D. X, 2), parle de l'*arbitratus boni viri* comme devant présider au règlement des comptes

entre cohéritiers, et que le passage précité de Scævola, malgré l'omission de l'exception de dol, permet au cohéritier, qui a payé les frais de procès, d'agir pour se faire indemniser. Julien à propos de l'action *communi dividundo* parle expressément de la *bona fides* (L. 24, D. X, 3), et cette action n'étant en définitive qu'un cas particulier, une espèce de l'action en partage, dont le type est l'action *familiæ erciscundæ*, il est difficile d'admettre que la première ait été de bonne foi, alors que la seconde ne l'était pas encore. Quand les textes parlent d'*arbiter* et d'*arbitrium* à propos des actions en partage, la raison en est évidemment qu'ils les considèrent comme étant de bonne foi. Les Basiliques disent formellement (XII, 2-4, 5) : καὶ τὸ φαμιλίας ἐρκισκούνδας βόνα φίδε ἐστίν. Enfin au Code une Constitution de Gordien contient ces mots : « *Cum familiæ erciscundæ iudicium inter bonæ fidei iudicia numeretur* (L. 9, C. III, 36) ». L'*arbiter* avait en outre des pouvoirs qui n'appartenaient pas au juge d'une action de droit strict ; par exemple il prenait des mesures et exigeait des cautions pour assurer l'exécution de sa sentence dans l'avenir (L. 25, 10 et 13, D. X, 2).

La conclusion à tirer des citations et des arguments souvent contradictoires qui précèdent paraît être la suivante : les actions en partage, au moins les actions *familiæ erciscundæ* et *communi dividundo*, les seules d'ailleurs qui soient véritablement destinées à faire cesser l'indivision, après avoir à l'origine été soumises à la *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*, sont devenues de bonne foi comme les autres *legis actiones* de cette espèce, mais la transformation n'a pas été immédiate. Elle n'était

probablement pas encore faite à l'époque de Cicéron, mais a dû s'effectuer pendant la période classique du droit. Elle était certainement faite du temps de Julien, comme le prouve le texte que j'ai cité plus haut. De même qu'avec la procédure des actions de la loi, on avait dû soustraire les actions en partage au *sacramentum*, qui se pliait difficilement à cause de son rigorisme au règlement des intérêts multiples qui naissaient de la co-propriété, et ne convenait guère qu'aux situations simples, où la condamnation consiste en une somme déterminée, de même avec le système formulaire, on se trouva peu à peu obligé de donner au juge une latitude de plus en plus grande, et de convertir en action de bonne foi ce qui, jusque-là, avait été sans doute un *arbitrium*.

Cicéron distingue en effet dans le *pro Roscio comædo* les *judicia* des *arbitria*, ces dernières instances étant plus libres ; le juge ou plus exactement l'*arbiter* a des pouvoirs assez larges, peut plus facilement obéir à l'équité que dans les *judicia* de droit strict. Que l'action *familiæ erciscundæ* fut un *arbitrium*, cela n'est guère douteux, les textes désignant souvent le juge chargé de procéder au partage sous le nom d'*arbiter*, la loi des XII Tables elle-même employant ce mot d'après la reconstitution qui en a été donnée ci-dessus, et la *legis actio* par laquelle elle s'exerçait étant la *postulatio judicis arbitrive*. Les *arbitria* sont devenus des actions de bonne foi proprement dites ; quelques-uns l'étaient déjà du temps de Cicéron. Il est donc possible que l'action en partage n'ait jamais été une action de droit strict dans le sens rigoureux des mots, et soit

toujours restée au moins un *arbitrium*, en raison de sa nature particulière et de l'espèce de pouvoir médiateur qu'y avait le juge. La transformation en véritable action de bonne foi a probablement été contemporaine des modifications qui se sont introduites dans la formule, lorsqu'à l'adjudication, premier et unique objet de l'action à l'origine, s'est ajoutée une *condemnatio* indépendante, afin de permettre au juge de résoudre du même coup la co-propriété et les rapports pécuniaires réciproques qui s'y rattachent (Geib. *Die rechtliche Natur der actio communi dividundo*. Tubingue, 1882, p. 7). Ce n'est toutefois là qu'une conjecture, et il n'est pas encore possible de déterminer avec une certitude absolue si l'action *familiæ erciscundæ* est devenue immédiatement de bonne foi, si elle a commencé par être un *judicium* de droit strict ou un *arbitrium*, et à quel moment un changement s'est produit. Si on admettait à l'origine pour l'action le caractère d'action de droit strict, on éviterait la nécessité d'une *demonstratio* qu'il n'a guère été possible de reconstituer d'une manière satisfaisante, car les actions de droit strict en étaient privées; au moins en était-il ainsi dans le premier état du droit pour ces dernières actions. Mais la difficulté ne serait, il est vrai, qu'ajournée, car à partir d'une époque déterminée l'action est certainement devenue de bonne foi.

L'action *familiæ erciscundæ* a encore ce caractère distinctif d'être la seule, avec les actions *communi dividundo et finium regundorum*, où le juge ait le pouvoir de faire une adjudication; je me borne à rappeler ici ce caractère que j'étudierai plus tard à propos de l'*officium judicis*.

L'action en partage était-elle personnelle ou réelle? C'est une question fort controversée et que même aujourd'hui il n'est pas facile de résoudre. Tout d'abord on peut poser comme à peu près certain qu'il ne peut s'agir ici d'une action réelle. Le caractère même d'action de bonne foi, qui a fini par prévaloir, suffit pour écarter toute possibilité d'une action réelle, car la division entre les actions de bonne foi et de droit strict ne s'appliquait pas aux actions réelles, sauf pourtant l'anomalie introduite par Justinien en ce qui concerne la *petitio hereditatis*. Ensuite la formule de l'action en partage ne comportait pas comme élément essentiel un *arbitratus iudicis*, ordonnant au défendeur de donner satisfaction au demandeur, s'il veut échapper à une condamnation, *arbitratus* qu'on retrouve dans toutes les actions réelles. Ce n'est pas qu'un pareil *arbitratus* ne puisse jamais se rencontrer dans une action divisoire. Les Institutes (6 IV. 17) nous fournissent la preuve du contraire en ce qui concerne l'action *finium regundorum* : « *Contumaciæ quoque nomine quisque eo iudicio condemnatur, veluti si quis jubente iudice metiri agros, passus non fuerit* »; ce que confirme un texte du Digeste (4. 3, D. X. 1). Ce n'est d'ailleurs pas l'existence d'un *jussum* quelconque qui puisse suffire à rendre une action arbitraire. Il faut que ce *jussum* se rapporte directement à l'objet même de l'action et soit indispensable pour la rédaction de la formule. Le titre de l'action *familiæ erciscundæ* (X. 2) dans les lois 3-4, 3-5 et 6, montre aussi le juge donnant des ordres pour le partage des créances, le dépôt du testament, les cautions, mais ce ne sont là que des

questions accessoires qui sont ainsi tranchées. Le point important est que, en admettant même que l'*arbitratus* ne fût pas restreint à la seule action *finium regundorum*, il ne s'agit pas là d'une partie intégrante et nécessaire de la formule. L'adjudication, c'est-à-dire l'opération du partage, but primordial et essentiel de l'action *familiæ erciscundæ*, ne comporte pas d'*arbitratus*, car il n'est pas au pouvoir des parties de la faire. On a cependant proposé une restitution de la formule de l'action en partage, se rapprochant de celle des actions réelles : *quidquid dare facere oportet ex fide bona..... nisi id dederint fecerint..... condemnato* (Hasse.-Rhein. Museum für Jurisprudenz, VI). Une pareille formule se conçoit dans un cas particulier, et encore peut-être seulement pour l'action *communi dividundo*, car elle ne paraît guère de nature à se prêter au règlement des intérêts multiples qui se rencontrent dans un partage de succession ; mais ce n'est certainement pas la formule générale et fondamentale de l'action.

L'action en partage est-elle personnelle ? A cette question la presque totalité des commentateurs répondent par l'affirmative. Un premier argument est que l'action, n'étant pas réelle, doit être personnelle. Mais, si elle est personnelle, elle doit être fondée sur un lien de droit, sur une obligation existant entre le demandeur et le défendeur. Aucun contrat n'est cependant intervenu entre eux, particulièrement en ce qui concerne l'indivision d'une hérédité. On ne choisit pas ses cohéritiers, et la *communio incidens* est indépendante de la volonté des parties. On répond à cela qu'il s'agit ici d'une obligation légale

dérivant de l'indivision ; celle-ci est assimilée à un contrat, est appelée un quasi-contrat, et les obligations, qui naissent entre les cohéritiers et ont leur source dans l'indivision, sont des obligations quasi-contractuelles. Assimilées aux obligations contractuelles, elles sont personnelles comme ces dernières. Les actions en partage ne nous fournissent pas d'ailleurs le seul exemple connu d'obligations quasi-contractuelles ; l'action en répétition de l'indû est fondée sur une obligation de même nature. Mais il faut aller plus loin et déterminer avec précision l'espèce d'obligation qui existe entre les communistes. Cette obligation est l'obligation de partager, conséquence de la règle que nul n'est tenu de rester dans l'indivision. C'est un motif d'utilité pratique qui l'a fait naître, alors que l'obligation de restituer l'indû a été créée dans un but d'équité. En devenant co-propriétaire on devient créancier du droit de demander le partage et débiteur de l'obligation de le subir ; cela est réciproque. Les co-propriétaires sont respectivement créanciers et débiteurs du droit de demander le partage et de l'obligation de le subir.

Toute obligation doit avoir un objet, et cet objet, d'après la classification des obligations, consiste à donner, à faire ou à ne pas faire. On est ici en présence d'une obligation de faire, dans le sens strict des mots. Quand on est co-propriétaire, on est *ipso facto* obligé, sur la demande et la réquisition de son co-propriétaire, de concourir aux opérations du partage. On est dans la nécessité juridique de se prêter à tous les actes qui sont propres à faire cesser l'indivision. Ce n'est pas tout encore. Il n'y a d'obligation que là où existe un intérêt pécuniaire pour le

bénéficiaire de l'obligation. Où est ici cet intérêt pécuniaire? Il est dans l'intérêt qu'a tout co-propriétaire à voir la propriété individuelle se substituer à la propriété collective, à voir cette propriété, dans une large mesure inerte, se transformer en une propriété utilisable et en quelque sorte active. Enfin toute obligation doit aboutir à un paiement. En quoi consistera le paiement dans le cas actuel? Il consistera à concourir de bonne grâce à un partage amiable qui mettra fin à l'indivision. La sanction de l'obligation, ou moyen de mettre fin à une violation du droit des co-propriétaires, sera l'action en partage. Elle sera intentée contre celui qui résiste au partage, persiste dans l'indivision et cause ainsi un préjudice aux autres communistes, et est une action personnelle, car elle a pour but d'obtenir l'exécution d'une obligation (M. Gérardin à son cours). M. Buonamici (*Storia della procedura civile romana*. Pisa, 1886, I, p. 173) dit que le caractère personnel des actions en partage, qu'un passage des Institutes (20, IV, 6) pourrait rendre douteux, est attesté par les sources premières du droit romain et se déduit du but immédiat de ces actions, qui est la cessation d'un rapport entre les personnes; toutes les autres circonstances juridiques qui se produisent ne sont que la conséquence de ce premier fait; et il cite un passage du Digeste sur l'action *finium regundorum* (I, D. X, 1) : *Finium regundorum actio in personam est licet pro vindicatione rei est*.

Une autre opinion soutient que l'action en partage n'est ni réelle, ni personnelle. Elle fait d'abord remarquer que si l'on considère cette action comme la sanction d'une obligation personnelle, il s'agit d'une

obligation d'une nature bien particulière. En effet, le lien de droit qui existe entre deux co-propriétaires relativement au droit de demander le partage, manque au moins d'un des caractères essentiels de l'obligation personnelle ; il n'est pas attaché à la personne en tant qu'individualité juridique, mais seulement en tant que co-propriétaire. Cela n'a pas échappé aux jurisconsultes qui ont, pour exprimer ce fait, déclaré que le droit de sortir d'indivision et l'obligation de subir le partage constituaient une créance et une obligation *scriptæ in rem* ; dépendant de la qualité de co-propriétaire, elles suivent cette qualité en quelque main que passe la co-propriété. Quand un communiste aliène, même à titre particulier, sa part, il perd le droit de demander le partage et n'a plus à y concourir. L'acquéreur succédera à son droit et à son obligation, ce qui est exceptionnel : car, en général, les créances et les obligations s'attachent à la personne juridique du créancier et du débiteur et ne passent pas à son successeur particulier. Ihering montre bien la différence qui existe à cet égard entre l'obligation de partager, sanctionnée par l'action en partage, et une obligation ordinaire (*Esprit du Droit Romain*, IV, p. 39). Il suppose une co-propriété mélangée de société, avec le concours par conséquent de deux rapports juridiques sur la tête de la même personne. Les associés peuvent intenter, ou l'action *pro socio*, ou l'action *communi dividundo*, et ces deux actions leur sont à la fois nécessaires ; une seule ne suffirait pas, même pour le règlement de leurs dettes et créances réciproques, abstraction faite de l'idée de partage. Que l'un des co-propriétaires aliène, en effet, sa part, il est de toute nécessité

d'accorder les deux actions. En effet, le droit de demander le partage, l'action *communi dividundo* passe, comme on vient de le voir, activement et passivement aux successeurs particuliers, tandis que les droits et obligations nés du contrat de société demeurent à l'associé avec l'action *pro socio*. Chacune de ces actions suit sa voie propre, d'après sa nature juridique : « L'une a activement et passivement des sujets *spécifiquement* déterminés, l'autre des sujets *abstraitement* déterminés (les propriétaires *quelconques*). »

Mais les droits sanctionnés par l'action *familiæ erciscundæ* ou *communi dividundo* se distinguent encore par d'autres particularités qui les séparent des droits personnels. Justinien lui-même le reconnaissait en disant que l'action en partage paraissait être *tam in rem quam in personam*, mots qui ont soulevé bien des controverses et donné naissance à des explications souvent peu satisfaisantes, que l'on retrouvera plus loin. Sans donner à ces expressions plus d'importance qu'il ne convient, sans les prendre à la lettre, on ne peut s'empêcher d'y voir la trace de certaines préoccupations, l'indication au moins d'un scrupule, qui devaient se présenter à l'esprit des Romains lorsqu'ils cherchaient à déterminer le caractère véritable des actions en partage. Sans doute ces actions n'ont pas un caractère exclusivement réel. Elles se séparent même des actions réelles à divers points de vue, comme je l'ai déjà dit. Leur formule n'était pas conçue *in rem* dans l'*intentio*. Cependant de nombreux points de contact existent entre les actions réelles et les actions divisaires.

Ainsi la *petitio hereditatis*, action réelle et l'ac-

tion *familiæ erciscundæ* se donnaient pour les mêmes successions, ainsi que le dit Ulpien (L. 2, pr. D. X, 2) : *Et generaliter eorum dumtaxat dividi hereditas potest quorum peti potest hereditas*. Toutes les deux finirent par être de bonne foi, quoiqu'en principe une action réelle ne pût être de bonne foi. Enfin la revendication, le type des actions réelles, était, au moins à l'origine, une action double, un *judicium duplex*, tout comme le sont les actions en partage. C'est ce que remarque avec raison Ihering (O. c. IV, p. 89) : « A cette classe d'actions (celle des actions doubles) appartenait aussi, dans la procédure ancienne, la revendication, s'il est vrai qu'elle eût comme caractère distinctif que chacune des parties produisit une assertion positive, poursuivit une demande indépendante. En effet, le demandeur affirmant que la chose était sienne, conformément aux règles de la procédure ordinaire, le défendeur n'aurait pu que riposter qu'elle n'était pas sienne ; en réalité la réponse était positive, elle disait que la chose appartenait au défendeur ». Gaïus (IV, 116) dit aussi : *Cum ab utraque parte de proprietate aliqujus rei controversia est*. Les actions en partage, tout en n'étant pas réelles, malgré leur ressemblance sur certains points avec les actions réelles, ainsi qu'on vient de le voir, n'étaient pas non plus des actions personnelles, s'il faut en croire l'opinion que j'expose et qui se trouve défendue par M. Geib (*Die rechtliche Natur der actio communi dividundo*, Tubingue, 1882). Ce qui a pu faire naître l'idée de leur personnalité, c'est leur double but. D'une part le juge avait à y trancher une question de propriété, à transférer celle-ci, d'autre part il devait tenir

compte des obligations nées entre les parties et résultant de l'indivision. *Hæc obligatio duas partes habet, quarum una pertinet ad divisionem corporum, altera ad præstantionum communicationem*, dit Donell (*De jure civ.*, IV, p. 191). Mais les obligations naissant de l'indivision sont les seules qui soient réellement personnelles, ce sont elles seules qui soient quasi-contractuelles. L'obligation de partager n'est pas une obligation véritable, un lien entre deux personnes; elle se sépare en effet des obligations par divers caractères essentiels que l'on a déjà examinés; elle ne naît pas *quasi ex contractu*. Or le but principal, primordial de l'action en partage, c'est de faire cesser l'indivision. A l'origine le juge ne devait pas avoir d'autre pouvoir que de substituer une propriété individuelle à une propriété collective; il n'avait sans doute pas à tenir compte des créances et des dettes réciproques que l'indivision avait amenées entre les co-propriétaires. Ce n'est que peu à peu que son autorité s'est élargie, peut-être au fur et à mesure que le caractère de bonne foi des actions divisoires se dessinait davantage. Cette seconde partie des attributions du juge a grandi avec le temps, mais elle est toujours restée secondaire, et on ne peut se baser sur elle seule pour déterminer la nature de l'action en partage. Ce serait intervertir les rôles et faire passer l'accessoire avant le principal. Il résulte d'ailleurs des textes, que si le juge était autorisé à prononcer des condamnations, ce n'était que comme conséquence de l'action en partage qui était intentée. Tant que l'indivision durait, on ne pouvait réclamer des comptes à son co-propriétaire par l'action *familiæ erciscundæ*, sans

demander en même temps le partage. La condamnation n'était pas indépendante de l'adjudication. Cujas dit expressément (VII, p. 571) : *Manente communione agere non poteris de præstationibus hoc judicio, nisi agas de divisione*. On oppose, il est vrai, en sens contraire, un texte du Digeste où Ulpien s'exprime ainsi : « *Familiæ erciscundæ judicium ex duobus constat, id est, rebus, atque præstationibus, quæ sunt personales actiones* (L. 22, 4 D. X, 2) ». Il semblerait que l'action peut se subdiviser, ait deux buts distincts pouvant se poursuivre séparément, le partage et les obligations naissant de l'indivision. Mais ce texte est sujet à caution. Savigny en conteste absolument l'authenticité et M. Mommsen supprime le mot *actiones*; même en conservant ce mot, il ne semble guère possible d'induire de ce seul texte, dont les termes sont loin d'être décisifs, la preuve que l'action divisoire pouvait être intentée dans un autre but que le partage. La nécessité a cependant conduit à donner une indépendance relative au règlement des obligations personnelles dans l'action en partage, obligations résultant pour la plus grande partie du devoir imposé aux co-propriétaires d'apporter à la gestion des affaires communes la même diligence qu'à leurs propres affaires. Malgré la règle posée par Paul (L. 1, D. X, 3) : *Cessat communi dividundo judicium, si res communis non sit*, l'action en partage n'était pas perdue alors que la communauté avait déjà été dissoute, mais elle pouvait encore être intentée comme action utile relativement aux *personales præstationes*, ainsi que le dit Ulpien (L. 6-1, D. X, 3) : *Licet hic communi dividundo judicio locus non sit, quia a communione discessum*

est, utili tamen loco futurum. Mais il était nécessaire qu'une indivision ait existé à l'origine, que l'action directe ait été possible pour donner naissance à l'action utile : *sufficit enim communionis causa quæ præcessit, quæque hodie duraret, si res non intercidisset* (L. 31, D. X, 2). Les jurisconsultes ne sont pas d'ailleurs allés plus loin dans cette voie de la séparation des deux fonctions de l'action en partage. Ils n'ont jamais accordé, quoiqu'on l'ait contesté, cette action *durante communione*, quand un co-propriétaire se bornait à réclamer des comptes à son co-propriétaire sans demander en même temps le partage.

La raison en est bien simple, étant donné l'effet extinctif de la *litis contestatio*. Si l'action avait pu être intentée relativement à une indivision dans le but de régler des obligations personnelles, il aurait été impossible de l'intenter à nouveau, relativement à la même indivision, pour en obtenir le partage. Les co-propriétaires n'eussent plus eu le moyen de faire cesser l'indivision, en cas de refus de l'un d'eux de participer à un partage amiable. On a bien invoqué en sens contraire un passage dans lequel Paul déclare que, *manente rei communione, etiam impenditorum nomine utile judicium dari debere mihi* (L. 14-1. D. X-3), mais ce texte ne signifie pas autre chose que, lorsque la communauté n'est pas dissoute, il est possible d'intenter l'action en partage, même pour obtenir le recouvrement des dépenses faites pour le compte commun, et pas seulement pour réclamer le partage ; le texte ne dit nullement que le premier but pourra être poursuivi sans le second ; il se borne à déclarer qu'il pourra l'être avec lui, ce

qui n'est pas douteux. Aussi Cujas, pour donner au texte une portée plus sérieuse, lit : *non manente communione*, ce qui revient à dire, qu'après le partage, on pourra encore intenter une action utile pour le règlement des intérêts pécuniaires des co-propriétaires. C'est là un point qui vient d'être établi plus haut. Mais l'extension donnée à la deuxième fonction de l'action en partage, à celle qui consiste à prononcer des condamnations, n'est jamais, dans le droit romain, allée jusqu'au point de permettre une action dont le seul but serait une condamnation. Tant que l'indivision dure, la formule ne saurait se passer de l'adjudication. Et cependant l'action a compris non seulement des obligations se formant *ex re communi*, comme la communication de l'enrichissement fait par un seul aux dépens des autres avec la chose indivise, mais encore des obligations résultant d'un devoir légal imposé aux co-propriétaires, devoir qui consiste à apporter à la gestion de l'indivision une certaine diligence. On a cependant encore cherché à appuyer l'opinion contraire sur un texte de Paul (L. 26. D. VIII-2), relatif aux servitudes, qui se termine par ces mots : *sed per communi dividundo actionem consequitur socius quo minus opus fiat, aut ut id opus, quod fecit, tollat : si modo toti societati prodest opus tolli*. Puisque Paul parle de la *tota societas* et de ses intérêts, c'est qu'elle n'a pas été dissoute. Mais il faut remarquer, en admettant même, ce qui n'est pas prouvé, qu'il s'agisse ici d'une *communio incidens* et non d'une véritable société, que Paul ne dit nullement, qu'après l'exercice de l'action, la communauté subsistera; il ne s'inquiète que des intérêts actuels de la société, au

moment où l'action va être intentée et pour déterminer si elle pourra l'être avec succès, et nullement de ses intérêts futurs. Si d'ailleurs le texte de Paul s'entend d'une véritable société, aucune difficulté ne subsiste. Même après le partage de certains biens de la société, celle-ci n'en continue pas moins d'exister et d'avoir des intérêts qu'il convient de ménager.

Si donc la condamnation a toujours été une partie secondaire dans l'action *familiæ erciscundæ*, ce n'est donc pas d'elle que peut dépendre le caractère de cette action. Si celle-ci est personnelle, c'est l'adjudication qui en sera cause. C'est ici que le doute commence. L'adjudication est la sanction du devoir qu'ont réciproquement les co-propriétaires, d'effectuer le partage. Ce devoir n'est pas une obligation, car il n'en a pas les caractères essentiels; il ne correspond pas davantage à un droit réel. Aussi en conclut-on que l'action en partage n'est ni *in rem* ni *in personam*, elle est *sui generis*, ce n'est une action qu'au seul point de vue de la forme. La loi 57 (D. X, 2) l'appelle d'ailleurs un *jurgium*, mot qui se retrouve dans Cicéron (*De republica*, IV 8), et que *Nonius Marcellus* définit ainsi : *Jurgium et lis hanc habent distantiam, quod jurgium levior res est. Si quidem inter benevolos aut propinquos dissensio, vel concertatio jurgium dicitur, inter inimicos dissensio lis appellatur*. Les communistes n'ont pas un droit à la création de la propriété individuelle; ils n'ont qu'un droit à partage, et ce droit, pas plus que le devoir de restituer la propriété d'autrui, n'a le caractère d'une obligation; ils ne sont l'un et l'autre que la conséquence d'un rapport de droit préexistant, de la propriété pour l'un, de la co-propriété

pour l'autre. Le possesseur contre lequel on revendique n'est pas obligé envers le revendiquant; de même le co-propriétaire, contre lequel le partage est demandé n'est pas obligé envers son co-propriétaire; il doit seulement répondre à l'action intentée, mais ce n'est nullement là une obligation; c'est un devoir de droit public.

On ne peut trouver nulle part une prestation déterminée qui puisse servir d'objet à une prétendue obligation et de base à une action *in rem*. On n'y réussit pas, même en prenant pour but principal de l'action le partage réel et matériel des choses indivises, et en ne considérant que comme accessoires et surérogatoires les autres modes de partage. Ce partage ne peut en effet être opéré par les co-propriétaires isolés auxquels on le demande en vertu d'une prétendue obligation; il ne peut résulter que du concours de tous ou, à défaut, de l'*arbitrium* du juge. D'ailleurs, comment expliquer avec ce système que la formule ne permette pas au juge d'obliger les parties à échanger entre elles leurs parts indivises, pour échapper à la condamnation, mais lui impose de faire lui-même des adjudications? En réalité, la co-propriété donne seulement aux communistes le droit de demander : 1° la dissolution de la *communio*; 2° un équivalent pour leurs parts indivises qu'ils abandonnent: ils réclament la conclusion d'un contrat, et cela sous la forme d'une action. S'ils sont d'accord, rien ne les empêche de faire eux-mêmes ce contrat, mais sans avoir alors les avantages pouvant résulter de l'adjudication, de la *res judicata*, etc. Les moyens à employer pour dissoudre la *communio* sont d'ailleurs très variés et sont tous

à la disposition des parties, comme à celle du juge. Ce dernier a même le droit de les employer alors que tous ne sont pas d'accord pour recourir à lui. La volonté de quelques-uns suffit pour lui donner le droit d'effectuer le partage par une conséquence de ce que Brinz appelle la *force de partage*, qui est inhérente à la co-propriété et imprescriptible. C'est une *puissance virtuelle* que la co-propriété renferme, qui en constitue un des éléments essentiels, et qui peut être mise en jeu par chaque co-propriétaire. Elle naît et meurt avec la co-propriété, ce qu'expriment les deux adages déjà cités, susceptibles d'ailleurs de quelques exceptions : *in communione nemo compellitur invitus detineri; cessat communi dividundo judicium si res communis non sit.* "Ενθα οὐκ ἔστιν ἐπίκοινον πρᾶγμα, σπᾶλάξει τὸ τὰ ἐπίκοινα διακοῦν δικαστήριον, disent les Basiliques (XII. 2, 1). La co-propriété, ou pour mieux dire la chose commune, est, pour ainsi dire, grevée d'une servitude légale de partage. Par cela seul que le droit de propriété appartient indivisément à plusieurs, la loi, considérant cette indivision comme fâcheuse, donne à chacun des co-propriétaires le droit de la faire cesser. Par l'effet du partage, la propriété se trouve affranchie de la servitude qui pesait sur elle, alors qu'elle était une co-propriété. L'idée de servitude rend compte, mieux que celle d'obligation personnelle, de la nature des droits et des devoirs réciproques des communistes concernant la réalisation du partage, et explique comment le droit de réclamer le partage est perdu quand on perd la co-propriété, comment ce droit peut passer à un acquéreur à titre particulier sans passer à un successeur universel. Il sem-

ble donc plus exact de s'attacher à cette idée, plutôt qu'à celle d'un lien personnel existant entre les co-propriétaires. L'action en partage est alors une action *sui generis*, participant de la nature de l'action réelle, et de la nature de l'action personnelle, mais n'étant ni exclusivement réelle, ni exclusivement personnelle. Il faut remarquer d'ailleurs que le juge dans cette action ne reconnaît pas l'existence d'un droit, mais fait un véritable contrat à la place des parties, et comme celles-ci auraient pu le faire. Par sa sentence il n'oblige pas les plaideurs à faire entre eux des échanges, à se lier par des stipulations; bien au contraire, en vertu de la force créatrice contenue dans le pouvoir d'adjuger, il fait le partage d'après son propre *arbitrium*, en s'inspirant non seulement des offres des parties et de l'équité, mais aussi de ce qui lui paraît le plus convenable pour arriver au but cherché, crée immédiatement la propriété individuelle et des rapports juridiques, et cela, même si le défendeur s'est déclaré prêt à faire ce que la justice ordonnerait.

La conséquence à tirer de ce qui précède est que l'action en partage, *familiæ erciscundæ* ou *communi dividundo*, n'est une action qu'au point de vue de la forme, et en tant que le contrat rédigé par le juge se passe sous la forme d'un procès ordinaire (Geib, o. c. p. 94). La procédure ne se termine pas par une sentence rendue sur la manière de faire le partage, mais bien par l'exécution d'un jugement qui n'existait pas encore. Elle rentre par là jusqu'à un certain point dans le domaine de la juridiction gracieuse. Rien d'analogue n'existait du reste à Rome; car, bien que les Pandectes reconnaissent sans aucun

doute que, dans les actions réelles, l'*arbitrium de restituendo* peut être réalisé par une exécution dirigée sur la chose même objet du litige, encore cette exécution suppose-t-elle qu'une sentence avait été au préalable rendue. L'action en partage doit donc être considérée comme *sui generis*, puisqu'elle sanctionne un droit qui n'est à proprement parler ni réel, ni personnel, droit qui résulte de la force virtuelle de partage, attachée par la loi et les mœurs à la co-propriété. Tel est le résultat auquel aboutit le système que je viens d'exposer. Est-il le plus exact? Il est difficile de l'affirmer avec certitude. Il se déduit moins des textes qui nous sont restés pris isolément, que de l'ensemble des principes de la législation romaine. Peut-être n'a-t-il jamais été admis d'une manière positive par les Romains? Cela est possible, au moins pour la dernière période du droit, la seule que nous puissions connaître avec quelque certitude, car il ne faut pas oublier qu'à cette époque la seconde fonction de l'action en partage, celle qui consiste à régler les obligations quasi-contratuelles nées entre les co-propriétaires, avait pris une grande extension, et que le caractère personnel de ces obligations avait bien pu faire considérer l'action comme personnelle dans son ensemble. Toujours est-il que le système proposé est un de ceux qui permettent le mieux de rendre compte de toutes les particularités de l'action en partage, et il était intéressant de le signaler à ce titre.

Les textes nous disent ensuite que l'action en partage est mixte, ou encore double; c'est un *judicium duplex*. *In tribus istis duplicibus judiciis*, dit Gaïus (L. 2, 1 D. X-3), *familiæ erciscundæ, communi*

dividundo, finium regundorum, quæritur, quis actor intelligatur ? Quia par causa omnium videtur. Sed magis placuit, eum videri actorem qui ad iudicium provocasset. Justinien dit aussi (Inst. L. IV-6. 20) : *Quædam actiones mixtam causam obtinere videntur, tam in rem quam in personam : qualis est familiæ erciscundæ actio, quæ competit coheredibus de dividenda hereditate.* Que signifient ces mots mixte ou double ? Il faut tout d'abord écarter une première interprétation que l'on pourrait être tenté de leur donner. Certaines actions sont appelées mixtes parce qu'elles ont à la fois pour but d'obtenir une réparation et de faire prononcer une peine ; elles sont *rei persecundæ et pænæ persecundæ gratia comparatæ* (Inst. IX-6-16). Mais les actions en partage ne rentrent pas dans cette catégorie d'actions et le mot mixte a ici un autre sens, qui est le même que celui de *duplex*. Les jurisconsultes entendent par là que chaque partie est à la fois demanderesse et défenderese. *Uterque litigantium et actor et reus est.* Ce n'était pas spécial aux seules actions en partage. Sont aussi doubles les interdits *retinendæ possessionis, uti possidetis* et *utrubi* (L. 37, 1 D. XLIV-7). De plus on a vu que dans l'ancien droit la revendication pouvait également être considérée comme double. En principe, les actions à Rome étaient simples ; il y a un demandeur qui n'est que demandeur et ne peut être que cela. Le défendeur ne peut aussi que défendre. L'instance n'a que deux issues possibles : absolution ou condamnation pour le défendeur, triomphe ou échec pour le demandeur. Celui-ci ne peut être condamné comme aujourd'hui, ni le défendeur devenir son créancier. La rédaction

de la formule l'exige impérieusement ; le juge n'a que le pouvoir d'absoudre ou de condamner le défendeur. Il n'en est pas de même dans les actions en partage. On s'y trouve, dit Ihering (o. c. p. 89-IV), en présence de deux procès réunis en un seul, tous les deux ayant le même objet, tous les deux fondés sur le même rapport juridique et entre les mêmes parties, dont les rôles respectifs s'entrecroisent. Chacune des deux parties agit comme demanderesse quant au droit qu'elle poursuit ; elle prend position de défenderesse quant aux prétentions qu'on poursuit contre elle. Il ne faudrait pas cependant faire une confusion absolue entre le demandeur et le défendeur, comme semblent l'indiquer les paroles de Gaïus (IV-160) : *Par utriusque litigatoris in his conditio est, nec quisquam præcipue reus vel actor intelligitur*. Les rôles des parties ne sont pas les mêmes ; leur double qualité les rend au contraire doublement différents.

Le caractère double des actions en partage entraîne plusieurs conséquences importantes, mais ces conséquences, relatives pour la plupart aux pouvoirs du juge ou du magistrat, seront examinées plus loin ; il en est de même d'une controverse importante, qui a pris naissance au sujet de la formule de l'action *familiæ erciscundæ*, afin de déterminer si cette formule est simple ou multiple.

L'action en partage n'est-elle mixte que dans le sens qui vient d'être indiqué, c'est-à-dire dans le sens d'action double ? On a prétendu que, non en invoquant le texte précité des Institutes, qui semble dire que l'action est mixte, parce qu'elle paraît être dirigée *tam in rem quam in personam*, et on a

cherché à prouver que ces expressions indiquaient un nouveau caractère de l'action en partage. Mais quel est ce caractère? Les explications données sont très contradictoires. On a déjà vu que l'un des systèmes proposés sur la réalité ou la personnalité de l'action en partage se servait de ces mots, sinon comme d'une démonstration, au moins comme d'une indication de la nature toute particulière qu'il reconnaît à cette action. Ce système donne un sens assez plausible au texte de Justinien qu'il ne prend pas à la lettre, et au sens strict duquel il ne prétend pas s'attacher. L'expression *videntur* indique elle-même qu'il s'agit ici d'une simple comparaison, non d'un caractère distinct et nouveau que l'on reconnaîtrait à l'action *familiæ erciscundæ*. Selon M. Accarias qui adopte cette explication, mais en admettant cependant la personnalité de l'action en partage (II, n° 830. *Précis de Droit Romain*, Paris, 1882), l'empereur veut dire que, par les effets de l'adjudication, les actions divisoires, quoique personnelles, présentent quelque analogie avec les actions réelles.

Les attributions de propriété que le juge prononce sont comparées aux déclarations de propriété qu'il fait dans les actions réelles, comparaison qui s'explique par ce fait, que souvent le mot *adjudicare* s'emploie à propos d'une sentence purement déclarative, reconnaissant l'existence d'un droit réel, comme l'indiquent les expressions *adjudicare hominem in servitutem*, *adjudicare rem an hypothecam* (L. 12, pr. D. XX-4). Il n'y a d'ailleurs là qu'une vue de l'esprit superficielle et sans grandes conséquences pratiques, car dans l'action divisoire le juge transporte réelle-

ment la propriété et l'adjudication tient ses droits de son adversaire, tandis que, dans l'action réelle, on constate un droit de propriété antérieur au procès, et le demandeur qui triomphe n'est nullement l'ayant-cause du défendeur. On peut remarquer que la portée pratique de ce texte est diminuée par la place qu'il occupe, après les actions mixtes en partie pénales et en partie non pénales, ce qui a amené l'empereur à parler des actions mixtes dans un autre sens, au lieu de venir à la suite de la distinction entre les actions *in rem* et *in personam*.

Quelques interprètes ont cherché à expliquer le texte d'une autre façon, en supposant que les Institutes employaient le mot mixte en y attachant un sens particulier et pour désigner un des caractères distinctifs de l'action en partage.

D'après Théophile dans sa paraphrase de l'œuvre de Justinien, le mot mixte signifierait que les actions divisoires sont à la fois réelles, parce que la demande présuppose un droit de propriété, et personnelles, parce qu'elle tend à faire sanctionner une obligation. *Sunt quædam actiones, quæ et actionis in rem et actionis in personam naturam in se habent. Talis est familiæ erciscundæ actio quæ heredibus competit se dividenda hereditate. Nam et actionis in rem proprietatem in se habet, quod ea de rebus agatur. Ex parte enim singuli coheredum domini sunt. Habet et actionis in personam effectum, non capita. Quædam in ea et executiuntur et in condemnationem deducuntur, quæ actionis in personam et non actionis in rem propria sunt.* Cette explication n'est guère exacte à l'époque classique, si elle est à la rigueur admissible sous Justinien, où l'on s'est peut-

être attaché d'une part à la cause de l'action, et d'autre part à la qualité des parties. Mais une action ne peut être à la fois réelle et personnelle, la nature de la formule s'y oppose. La seule conséquence à tirer de ce que dit Théophile serait, non que l'action est à la fois réelle et personnelle, mais comme l'admettent certains commentateurs, qu'elle n'est ni réelle ni personnelle, et peu importe alors sa formule, d'ailleurs mal connue et qu'on a tant de peine à reconstituer.

D'après une autre explication Justinien, aurait voulu dire que le juge, dans l'action mixte, a un pouvoir sur les choses comme dans l'action réelle, car il prononce des adjudications, et un pouvoir sur les personnes comme dans l'action personnelle, car il prononce des condamnations. Or les mots *in rem* et *in personam* ne s'appliquent pas aux pouvoirs du juge, mais à la nature de l'action, et dans toute action même réelle le pouvoir du juge n'est pas dirigé *in rem*, mais en réalité *in personam*, car, au moins dans le droit classique, le juge ne prononçait que des condamnations et n'ordonnait pas d'exécution en nature. Celle-ci n'était qu'une ressource offerte à la partie pour éviter la condamnation ; ce n'était pas l'œuvre du juge. Toute action réelle, dans ce système, devrait être appelée mixte, car elle comporte une condamnation. D'un autre côté on assimile à tort l'action divisoire à l'action réelle au point de vue du prétendu pouvoir *in rem*, car dans aucune action réelle, une adjudication n'est possible.

Pour d'autres personnes le mot mixte contiendrait une allusion au pouvoir, qui est accidentellement donné au juge, de trancher une question de

propriété avant d'opérer le partage. Voici dans quelles circonstances ce pouvoir peut se rencontrer. L'action *familiæ erciscundæ* ne se donne en principe qu'entre cohéritiers dont les droits héréditaires ne sont pas contestés. Mais des difficultés peuvent se produire à ce sujet entre les parties. Une personne se prétendant héritier intente l'action en partage. On lui dénie son droit héréditaire. De deux choses l'une : ou bien le demandeur n'est pas *possessor*, et alors le défendeur, dit Gaïus (L. I. 1. D. X. 2), *potest eum excludere per hanc exceptionem, si in ea re qua de agitur, præjudicium hereditati non fiat*. En acceptant l'action, le défendeur aurait du même coup reconnu la qualité héréditaire de l'autre partie, ce qu'il ne veut pas faire, et il a alors le droit de l'écarter provisoirement par une exception. Le demandeur doit alors revendiquer sa part dans la succession par la *petitio hereditatis*; cette *petitio* ne pouvant lui faire obtenir qu'une part indivise, il recourt ensuite à l'action *familiæ erciscundæ* sans opposition possible. *Non possumus consequi*, dit Julien, *per hereditatis petitionem id, quod familiæ erciscundæ judicio consequimur, ut a communione discedamus : cum ad officium judicis nihil amplius pertineat, quam ut partem hereditatis pro indiviso restitui mihi jubeat* (L. 7. D. V. 4). Si au contraire le demandeur a la possession de la part héréditaire qu'il prétend lui appartenir, on ne peut le renvoyer à agir par la *petitio hereditatis* pour prouver son droit de propriété, car la *petitio* ne se donne qu'à un non-possesseur. L'action *familiæ erciscundæ* n'est plus arrêtée par l'exception *si præjudicium hereditati non fiat* : *quod si possideat eam partem,*

continue Gaius, *licet negetur esse coheres, non nocet talis exceptio* : mais comme on ne peut effectuer le partage qu'entre véritables héritiers, c'est le juge de l'action *familiæ erciscundæ* qui aura à trancher la question de savoir, si les objections que le défendeur présente à l'encontre des prétendus droits héréditaires du demandeur sont fondées ou non, et il le fera avant de passer aux opérations du partage proprement dit. *Quo fit, ut eo casu ipse iudex, apud quem hoc iudicium agitur, cognoscat, an coheres sit : nisi enim coheres sit, neque adjudicari quicquam ei oportet, neque adversarius ei condemnandus est.* Ainsi donc le juge peut avoir parfois à trancher au préalable une question de propriété, mais il n'est guère probable que les Institutes aient songé à cet accident, qui devait être assez rare, quand elles ont employé le mot *mixta*. Leur texte indique qu'elles font allusion à un caractère général de l'action en partage, qui est toujours *tam in rem quam in personam*, et non à un caractère simplement occasionnel. Une action ne se détermine guère que par les éléments qu'elle implique nécessairement, et la revendication ne formait nullement une partie intégrante et essentielle de l'action en partage.

Une autre théorie est basée sur la rédaction de la formule qui comprendrait une *intentio in personam* et une *adjudicatio in rem*, et réunirait par conséquent en elle seule les caractères de deux types distincts d'actions, de l'action réelle et de l'action personnelle. On peut objecter d'abord à cette théorie que, fût-elle exacte à l'époque du système formulaire, on ne comprendrait pas pourquoi Justinien l'aurait conservée, et cela non pas au Digeste où les

méprises de ce genre ne sont pas rares, mais aux Institutes qui ont la prétention de constituer une œuvre presque originale et de représenter le droit à un moment où la procédure extraordinaire était seule usitée. En outre, même dans le droit antérieur, c'est l'*intentio* seule qui détermine le caractère de l'action, et elle est ici conçue *in personam*. L'*adjudicatio*, en admettant qu'elle soit *in rem*, ne suffit pas pour donner un caractère réel ou tout au moins mixte à l'action, dans la formule de laquelle elle se trouve entrer. Pourquoi en effet, s'il en était ainsi, ne pas considérer comme mixtes toutes les actions, puisqu'une partie de leur formule au moins, la *condemnatio*, était *in personam*? D'ailleurs, comme on le verra, il n'est nullement certain que l'*adjudicatio* fût *in rem*; cela est possible, mais le texte de Gaius, tel qu'il nous a été conservé, dit le contraire : *quantum adjudicari oportet, judex Titio adjudicato*, et nombre de commentateurs admettent sans hésiter son authenticité.

Enfin, d'après une dernière explication, le mot *mixta* aurait aux Institutes le sens que lui donne un texte d'Ulpien (L. 37, 1, D. XLIV, 7) : *Mixtæ sunt actiones in quibus uterque actor est*. Mixte serait synonyme de *duplex*, dans le texte des Institutes comme dans celui du Digeste ; les mots *tam in rem quam in personam* signifieraient alors que les actions doubles sont les unes réelles, les autres personnelles, et ne s'appliqueraient pas exclusivement aux actions en partage. Les Institutes les emploient ailleurs avec la même signification précisément au titre *de actionibus* (IV, 6) : § 3. *Aliæ autem sunt quas prætor ex sua jurisdictione comparatas habet tam*

in rem quam in personam. § 31. Sed istæ actiones (arbitrariæ) tam in rem, quam in personam inveniuntur. Ce qui permet de supposer que c'est la même explication qu'il convient d'adopter ici. Mais ce système ne serait exact que si l'on pouvait trouver une action réelle qui fût double. Sans doute il n'est pas vrai de dire, comme on l'a fait cependant, que cela est absolument impossible. J'ai montré au contraire que la revendication était à l'origine un *judicium duplex*, mais à l'époque de Justinien il n'en était plus de même, et la théorie que l'on propose se trouve ainsi manquer entièrement de base

CHAPITRE II

CONDITIONS DE L'EXERCICE DE L'ACTION FAMILIÆ ERCISCUNDÆ.

L'action *familiæ erciscundæ* était essentiellement, comme son nom l'indique, destinée à opérer le partage d'une hérédité. Son exercice ne devait donc appartenir qu'à des cohéritiers. Tel est en effet le principe, et c'est par là que l'action se distingue de l'action *communi dividundo*. Celle-ci peut être intentée lorsqu'une chose est commune entre deux personnes, sans qu'on ait à rechercher la cause de cette indivision. Au contraire cette cause est prédominante pour l'action *familiæ erciscundæ*, ce qui s'explique par son origine historique. La première indivision qui se soit présentée aux Romains et dont ils aient, à un moment donné, éprouvé le besoin de sortir, est celle de la famille, quand le lien, qui en réunissait les membres et les biens sous l'autorité du père, s'est rompu par la mort de celui-ci, et c'est pour arriver à dissoudre la *communio* ainsi formée qu'ils ont imaginé l'action *familiæ erciscundæ*. Quand plus tard la nécessité s'est présentée d'arriver à rompre une indivision tenant à d'autres causes, on a préféré créer une action nouvelle qu'étendre l'action ancienne à des cas pour lesquelles elle n'était pas faite, création qui n'a rien d'étonnant quand l'on songe qu'elle a dû avoir lieu à une époque reculée

sous le système des actions de la loi; car alors à chaque loi, à chaque hypothèse correspondait une action déterminée, et le droit honoraire avec ses actions spéciales et ses actions utiles n'existait pas encore.

Pourqu'il y ait lieu à l'action *familiæ erciscundæ*, il faut donc que l'indivision résulte de l'arrivée de plusieurs personnes à une même hérédité. L'action ne se donne qu'entre co-héritiers et relativement aux choses héréditaires (Accarias, II, p. 1032. o. c.). Tout héritier peut donc intenter cette action, et le mot héritier doit être entendu ici de la façon la plus large. C'est ce qui résulte d'un texte déjà cité (L. 2, pr. D. X-2), qui met sur la même ligne l'action *familiæ erciscundæ* et la *petitio hereditatis*, au point de vue de la recevabilité de la demande, sans qu'il y ait à se préoccuper de la qualité du demandeur et de la cause de son droit. *Per familiæ erciscundæ actionem dividitur hereditas, sive ex testamento, sive intestato, sive ex lege duodecim tabularum, sive ex aliqua lege deferatur hereditas, vel ex senatusconsulto, vel etiam constitutione.*

Ainsi donc tout héritier testamentaire ou *ab intestat*, dont la vocation héréditaire résulte d'une loi, d'un sénatusconsulte ou d'une Constitution, c'est-à-dire tout héritier du droit civil, peut réclamer par l'action *familiæ erciscundæ* le partage de la succession qui lui est échue. En principe ce n'est qu'après l'adition qu'il pourra agir, car la succession ne lui est pas imposée, et il est libre de la refuser. Ulpien dit d'ailleurs expressément que personne ne devient co-propriétaire malgré lui : *nemo enim invitus compellitur ad communionem* (L. 26-4 D. XII-6), et cette

règle serait violée si on pouvait intenter contre un héritier présomptif ou si cet héritier pouvait lui-même intenter l'action en partage d'une hérédité non formellement acceptée. Il faut observer cependant que le principe qui précède comportait originai-
re-ment une exception très importante, lorsque le *paterfamilias* avait institué plusieurs héritiers siens et nécessaires. L'exception a disparu quand on permit aux héritiers siens de s'abstenir de la succession. Une autre exception est aussi à mentionner, peut-être, il est vrai, plus théorique que pratique. Une personne pouvait instituer plusieurs esclaves héritiers nécessaires et l'indivision était alors forcée.

Un substitué peut intenter également l'action en partage, quand l'héritier auquel il est substitué n'accepte pas la succession ou ne peut la recueillir pour un motif quelconque ; ce substitué devient en effet alors un héritier ordinaire.

L'action appartenait non seulement aux héritiers légitimes, mais encore à tous ceux qui étaient appelés à une universalité et en particulier aux successeurs prétoriens, comme le dit Ulpien (L. 24, 1. D. X-2) : *Familiæ erciscundæ judicium et inter bonorum possessores et inter eum, cui restituta est hereditas ex Trebelliano senatusconsulto et cæteros honorarios successores locum habet*. Les *bonorum possessores*, les fidéi-commissaires pouvaient intenter l'action, de même qu'un esclave affranchi qui s'était fait envoyer en possession *libertatum servandorum causa*.

A propos de l'hérédité civile ou prétorienne, je signalerai le principe spécial aux Romains, d'après lequel il ne peut y avoir indivision qu'entre succes-

seurs de la même qualité. La règle : *Nemo paganus partim testatus, partim intestatus decedere potest*, s'oppose à l'indivision et par conséquent à l'action *familiæ erciscundæ* entre héritiers *ab intestat* et testamentaires. Le vieux droit, pour respecter ce principe dans un cas spécial préférera sous-entendre dans un testament une institution qui n'y est pas écrite expressément; il aimera mieux présumer un oubli du testateur, et réparer d'office cet oubli, que faire échec à la règle de l'incompatibilité des deux espèces de successions (M. Gérardin à son cours). Si le père a négligé d'instituer ou d'exhérer nominatim son fils *in potestate*, son testament est nul, et la succession s'ouvre *ab intestat*. Mais si le *suus heres* omis n'est pas un fils, le testament est valable et les personnes omises accroîtront aux héritiers institués pour une part virile, s'ils sont siens, et s'ils sont *extranei*, moitié de la succession leur reviendra. Gaïus cite l'exemple d'une fille que le père n'a pas instituée, mais qu'il n'a pas non plus exhérée, pour indiquer par cette espèce de condamnation qu'il ne la voulait pas comme héritière (II-24. Comm.). La sanction de l'obligation imposée au père d'instituer ou d'exhérer sa fille sera la réduction de l'institution, l'adjonction de la descendante omise à côté des institués. La fille augmentera le nombre des héritiers institués; elle jouira du *jus accrescendi*. Mais il faut remarquer qu'elle ne vient pas à la succession comme héritière *ab intestat*, mais comme héritière instituée, de façon à ce que la règle : *Nemo paganus*, etc., ne soit pas violée. C'est en cette qualité qu'elle pourra intenter l'action *familiæ erciscundæ*. Le biais auquel

les Romains ont eu recours s'explique par leur désir de respecter certains principes fondamentaux. On a sous-entendu l'institution de l'héritier omis. On sous-entend facilement des clauses dans les actes qui n'ont pas de forme, par exemple une tradition dans un contrat de société universelle de biens présents et à venir. Dans un fidéi-commis de liberté de l'esclave d'autrui, on sous-entend que le fidéi-commis durera autant que la vie de l'esclave afin qu'il puisse être exécuté un jour, si faire se peut. Au contraire dans un contrat solennel, formaliste comme la stipulation, il faut mettre tout ce que l'on veut exiger de son débiteur, car le juge ne sous-entend rien. Pour l'institution d'héritier, c'était aussi un acte formaliste ; il fallait tout y dire expressément au moins à l'origine. Mais plus tard on s'est relâché de cette rigueur. On a admis par exemple que l'institution d'un esclave supposerait son affranchissement, quoique les vieux Romains aient primitivement refusé tout effet à cette institution. Mais cette faveur ne fut pas étendue aux legs faits à un esclave. De même ici on a sous-entendu une institution, quoiqu'un oubli ne puisse guère se présumer dans un acte aussi important. C'est qu'à l'occasion les Romains savaient déroger à certains principes pour en respecter d'autres plus importants. Si en effet un oubli n'avait pas été présumé dans l'espèce, si on avait fait succéder *ab intestat* le *suus* omis, l'héritier institué aurait subi une réduction dans ses droits, réduction qu'il aurait imposée aux légataires particuliers, dont les legs étaient à sa charge exclusive, et qui n'auraient pu réclamer aux successeurs *ab intestat* le complément de leurs legs. Rien de pareil avec l'institution sous-

entendue du *suus* omis, qui comme héritier testamentaire est tenu du paiement des legs.

On trouve une solution différente à propos d'une autre institution romaine, la plainte d'inofficiosité, qui pourra aboutir à un véritable concours des deux espèces d'hérédité. Il est vrai que cette plainte est d'origine relativement récente par rapport à l'institution précédente. Au moyen de la *querela inofficiosi testamenti* un héritier exhéredé ou institué pour une part infime sans motifs légitimes, pouvait attaquer le testament qui lui portait préjudice. La question de savoir si le descendant lésé peut élever une plainte a changé de caractère et est devenue une question de fond, tandis que l'obligation d'instituer ou d'exhéreder était une pure formalité. Si le testateur a oublié son *officium pietatis* vis-à-vis de ses parents et héritiers naturels, qui n'ont cependant pas démérité, ceux-ci triompheront dans leur *querela*. Mais à tout droit complet est toujours attachée une sanction. L'action attachée au système de l'exhéredation était la *petitio hereditatis*; le *suus* omis intentait contre l'institué, qui s'était mis en possession de la succession, l'action de celui qui se prétend héritier, c'est-à-dire la *petitio hereditatis* et le juge n'avait à examiner qu'une chose, à savoir s'il y avait eu ou non exhéredation régulière. La conséquence de l'exercice de la *petitio* était l'admission de l'action *familiæ erciscundæ* conformément à la loi 2, pr. (D. X, 2). Si l'héritier omis était en possession de l'hérédité même pour partie, la *petitio* n'étant pas accordée au possesseur, c'était par l'action *familiæ erciscundæ* qu'il faisait valoir son droit, comme on l'a vu. Au contraire l'ar-

me mise aux mains de celui qui se plaint de la violation de l'*officium pietatis* a un nom insolite, unique; c'est une *querela*. On n'avait pas voulu heurter trop de front les vieilles idées romaines sur les rapports entre parents et enfants; ceux-ci n'avaient que des devoirs et pas de droits. Aussi l'enfant n'agira-t-il pas au nom d'un droit lésé; il soutiendra seulement que son père, en testant, n'avait pas eu toute sa raison; il soumettra au juge qui fait l'office de juré la question de savoir s'il a ou non démérité. La conséquence du succès de la *querela* sera d'amener dans certains cas la concurrence des deux hérités testamentaire et *ab intestat*, comme les textes le montrent par divers exemples.

Un père a exhéredé son fils en instituant deux héritiers externes. Le fils soutient que l'exhéredation a eu lieu *sine justa causa* et intente simultanément la *querela* contre les deux institués. Papinien (L. 15, 2. D. V, 2) suppose qu'il obtient deux sentences contradictoires, triomphe de l'un des héritiers, mais est repoussé par l'autre. Comment cela est-il possible? La solution serait très simple en renversant l'hypothèse, en supposant plusieurs héritiers omis et un seul *extraneus* institué, car un des héritiers peut être indigne et voir sa *querela* échouer, alors que celle des autres réussit. Ceux qui triomphent auront la même part que s'ils étaient venus à la succession *ab intestat*. Mais tel n'est pas le cas visé par Papinien et qu'on a cherché à expliquer de différentes façons. On a supposé d'abord qu'il pouvait y avoir deux décisions contraires en raison de l'organisation du tribunal des centumvirs compétent pour reconnaître de la *querela*, et qui

était divisé en chambres. Les demandes du fils contre les héritiers auraient été examinées par deux chambres distinctes dont l'opinion n'aurait pas été la même, ce qui est au moins bizarre. Il est plus simple de supposer deux actions successives intentées contre les institués, dont l'un par exemple a pu être institué sous condition suspensive, le fils n'ayant agi qu'après la réalisation de la condition. Quoiqu'il en soit, la conclusion tirée par le jurisconsulte des deux solutions contradictoires intervenues, est que le testament ne sera valable que pour partie. Le principe de l'autorité relative de la chose jugée est mis au-dessus de la règle : *Nemo paganus*, etc. *Filius et debitores convenire et ipse a creditoribus conveniri pro parte potest, et corpora vindicare, et hereditatem dividere : verum enim est, familiæ erciscundæ judicium competere : quia credimus eum legitimum heredem pro parte esse factum : et ideo pars hereditatis in testamento remansit*. L'institué qui a triomphé restera institué, et l'héritier naturel succédera de son côté *ab intestat* pour partie. Pour parvenir au partage de la succession entre ces deux espèces d'héritier, comme la *querela* a fait naître entre eux l'indivision dès la décision du juge, c'est à l'action *familiæ erciscundæ* qu'il faudra recourir.

Un autre exemple est fourni par Ulpien dans la loi 24 au même titre (V-2). Un frère agit par la *querela* contre le testament de son frère. La *querela* était en effet ouverte à des héritiers omis par des testateurs qui n'étaient pas tenus de les exhériter, comme aux fils contre le testament de leur mère, aux ascendants et aux frères et sœurs, mais avec

certaines restrictions. Le frère ne pouvait triompher dans sa réclamation que si on lui avait préféré une personne peu honorable, *turpis*. S'il y a deux héritiers institués par le frère, dont un seul soit *turpis*, le frère ne gagnera sa cause que contre l'un des héritiers, et la succession sera encore en partie testamentaire et en partie *ab intestat*. Cela amènera, au moins avant Justinien, la réduction des legs mis à la charge des institués, puisque le frère qui succède *ab intestat* n'en peut être grevé. Pour le partage de la succession entre le frère et l'institué, c'est encore par l'action *familiæ erciscundæ* qu'il pourra être exigé, car c'est l'hérédité entière qui se trouve indivise entre eux.

Cette action s'exerce encore, dit un texte cité, entre celui à qui une hérédité a été restituée par le Trébellien et le grevé. Il faut supposer pour cela un fidéicommis d'hérédité ayant pour objet une partie *aliquote* de la succession, et mis à la charge d'un héritier testamentaire ou non. Il est nécessaire d'examiner avec soin à quel moment prendra naissance l'indivision, et, par suite, quand il sera possible de réclamer judiciairement le partage. Cela dépend des époques et du sénatus consulte qui est applicable avant Justinien. Je me place d'abord au moment où les fidéicommis sont devenus obligatoires, c'est-à-dire sous Auguste. Ils n'ont pas engendré de suite, par une vertu propre, la co-propriété entre le grevé et l'appelé, comme l'acceptation d'une succession par deux héritiers. Les textes disent au contraire qu'avant le Trébellien le fidéicommissaire était *loco emptoris*; sa situation était analogue à l'acheteur d'une hérédité; et le contrat de vente à lui seul

n'avait pas la puissance d'établir la co-propriété entre l'acheteur et le cohéritier du vendeur; il ne produisait que des obligations. Si le vendeur, seul héritier, avait aliéné la moitié de la succession, il exécutera son obligation par des mancipationes, des traditions, etc., en un mot par une série d'actes entre-vifs. L'acheteur de la moitié de l'hérédité, même quand il aura reçu tradition de la moitié de toutes les choses de cette hérédité, ne tiendra pas ses droits d'un acte de dernière volonté, mais restera toujours un successeur à titre particulier. Il y aura lieu entre lui et son vendeur, non à l'action *familiæ erciscundæ* réservée aux choses *in universitate*, mais seulement à l'action *communi dividundo*. Pour les fidéicommisses la fiction devait imiter la réalité. Le fidéicommissaire ne devenait co-propriétaire des choses héréditaires, que lorsque le grevé les avait mancipées ou livrées, et nullement par un acte à cause de mort. Il n'était qu'un successeur à titre particulier et ne pouvait intenter que l'action *communi dividundo*. Ce qui le montre bien, c'est que le grevé restait seul créancier de toutes les créances de la succession, pouvait seul les recouvrer, était aussi seul débiteur des créanciers héréditaires. Pour faire participer le fidéicommissaire aux dettes et aux créances de la succession, il était nécessaire de recourir à deux contrats de stipulation *emptæ et venditæ hereditatis*.

Après le Trébellien, au contraire, tout change : le fidéicommissaire devient *loco heredis* et un acquéreur *per universitatem*. De même que l'héritier du droit civil devient propriétaire de l'hérédité par l'*aditio*, c'est-à-dire par un acte qui peut se faire, à l'époque du Trébellien au moins, *nuda voluntate*, et est valable

indépendamment de l'accomplissement d'aucune formalité, de même le fidéi-commissaire va devenir co-propriétaire de l'hérédité avec le grevé par un acte sans forme, purement consensuel, par une acceptation émanée de lui en termes quelconques. Il y a cependant cette différence entre lui et l'*heres*, qu'une institution d'héritier, pour être valable, n'a besoin que d'une volonté, celle de celui qui doit accepter la succession, tandis que pour l'acquisition d'un fidéi-commis, il faut le concours des deux volontés de l'appelé et du grevé ; mais ce concours n'est revêtu d'aucune forme extérieure ; les textes donnent à la convention intervenue le nom équivoque de *restitutio* ; ce n'est autre chose que la délivrance du fidéi-commis consentie par le grevé à l'appelé. *Facta in fidei-commissarium restitutione*, dit Gaïus, *statim omnes res in bonis fiunt ejus, cui restituta est hereditas, etsi nondum earum nactus fuerit possessionem*. (L. 63, pr. D. XXXVI-1). Le fidéi-commissaire, devenu *quasi-heres*, est co-propriétaire de l'hérédité avec l'héritier véritable et pourra intenter l'action *familiæ erciscundæ* contre lui. Il pourra de même *utilitatis causa* poursuivre le recouvrement de partie des créances héréditaires et être poursuivi pour partie par les créanciers de la succession.

On va maintenant rencontrer avec le Pégasien une institution différente, qui marque même un retour en arrière, ce qui ne sera pas sans influence sur l'action *familiæ erciscundæ*. Les Romains semblent s'être repentis d'avoir été trop loin en faisant avec le Trébellien un *quasi-heres* du fidéi-commissaire. Le grevé, pouvant se trouver obligé de restituer la totalité de l'hérédité à l'appelé, était libre d'accepter ou

de refuser la succession ; s'il la refusait, le fidéi-commissaire perdait tous ses droits ; il se trouvait ainsi dans une position embarrassante, pour avoir été trop protégé contre le grevé, dans le cas où celui-ci n'avait aucun intérêt à accepter l'hérédité. Le Pégasien vint modifier cet état de choses. D'une part il donna au fidéi-commissaire le droit énorme de recueillir le fidéi-commis, nonobstant le refus d'acceptation volontaire de l'héritier fiduciaire, ainsi contraint d'accepter ; d'autre part, pour encourager ce dernier à accepter, il lui accorda une réserve d'un quart. Le préjudice causé à l'appelé était plus apparent que réel, car avant l'introduction de cette réserve, l'appelé était exposé à tout perdre.

En revanche l'appelé ne sera plus toujours *loco heredis*. Il ne sera *loco heredis*, que lorsqu'il n'y aura pas lieu à la quarte Pégasienne, c'est-à-dire au moins dans deux cas. Le grevé peut d'abord accepter volontairement la succession, sans réclamer sa quarte, ce qui arrivera lorsqu'il ne devra restituer que moins des trois quarts de l'hérédité. Le Trébellien régit toujours cette hypothèse. En second lieu, si l'héritier fiduciaire fait adition malgré lui, *coactus*, il est juste aussi d'appliquer le Trébellien seul, car le grevé, ne devant rien garder de l'hérédité, ne doit éprouver aucune perte, ni faire aucun gain. Il faut remarquer que l'action *familiæ erciscundæ* ne pourra être exercée que dans le premier cas, car dans le second, le grevé disparaissant, la co-propriété disparaît également, et le fidéi-commissaire reste seul maître de la succession *loco heredis*.

Supposons au contraire que le Pégasien soit applicable. Le grevé a réclamé la réserve que le testateur

ne lui avait pas donnée. Alors le fidéi-commissaire sera non plus *loco heredis*, mais *loco legatarii*. Il ressemblera au légataire partiaire qui a reçu une partie aliquote de l'hérédité. Un pareil légataire est par nécessité un légataire *per damnationem*, et un successeur à titre particulier, qui ne devient co-propriétaire avec l'héritier, que quand celui-ci, par la mancipation ou par la tradition, lui a transféré la co-propriété des choses héréditaires. La co-propriété résultant d'une série d'actes entre-vifs, c'est l'action *communi dividundo* qui seule pourra faire cesser l'indivision. Le légataire partiaire n'a donc pas le droit d'intenter l'action *familiæ erciscundæ*, quoique son legs comprenne une partie aliquote de la succession et non un objet déterminé. Les créances et les dettes reposent sur la tête de l'héritier et ne peuvent être communiquées au légataire qu'au moyen de stipulations réciproques *partis et pro parte*. L'appelé sera dans une situation absolument semblable par l'effet du Pégasien; il ne pourra intenter que l'action *communi dividundo*, ce qui est une infériorité par rapport au fidéi-commissaire qui a obtenu la restitution *ex Trebelliano*.

Cette situation a cessé sous Justinien qui a fondu les deux sénatusconsultes en un seul auquel il a donné le nom de Trébellien. Désormais, l'appelé sera toujours *loco heredis*, et l'action *familiæ erciscundæ* de vient seule applicable.

En outre des hypothèses précédentes, où il s'agit de véritables héritiers, en prenant ce mot dans un sens large, l'action *familiæ erciscundæ* compétait également à diverses personnes, qui n'étaient pas à

proprement parler des héritiers, mais avaient un droit à une quote-part de l'hérédité.

Ainsi, on a soutenu que l'*emptor hereditatis* pouvait intenter l'action en question contre les cohéritiers de son vendeur et réciproquement, car il possède à titre utile toutes les actions que peut intenter directement son vendeur, ainsi que l'indiquent la loi 16 pr. (Ulpien, D. II-14), et une constitution d'Antonin (5. C. IV-39) : *Emptor hereditatis actionibus mandatis eo jure uti debet, quo is, cujus persona fungitur, quamvis utiles etiam adversus debitores actiones emptori tribui placuit*. Ce système, est, il est vrai, sujet à critique, car il donne aux textes une portée qu'ils ne paraissent pas avoir. Ces textes ne parlent que d'une action utile contre les débiteurs héréditaires, action exercée par l'acheteur en qualité de mandataire. L'acheteur n'est en outre, à ce qu'il semble, qu'un acquéreur à titre particulier comme le fidéi-commissaire et pour les mêmes raisons. C'est donc l'action *communi dividundo* qu'il pourra intenter. En tous cas, il est certain que l'acheteur, non de l'hérédité, mais seulement de la part indivise appartenant à un co-partageant dans un objet de la succession, n'a à sa disposition que l'action *communi dividundo*, comme le dit Neratius, car il ne représente pas son vendeur en tant que cohéritier, mais seulement en tant que propriétaire d'une *res* déterminée (L. 54. D. X. 2) : *Si modo aliqua portio alienata ab aliquo ex heredibus, hereditaria esse desit*. Comme aucun texte positif n'accorde l'action en partage à l'acheteur, beaucoup d'auteurs se refusent à la lui reconnaître et soutiennent qu'il ne pourra obtenir le partage que par l'action *communi divi-*

dundo. Cette opinion se fonde sur la manière dont le vendeur exécute son obligation de livrer vis-à-vis de l'acheteur, c'est-à-dire au moyen d'une série d'actes entre-vifs et paraît être la plus exacte.

Ulpien cite un autre exemple d'exercice de l'action *familiæ erciscundæ* (L. 2, I.D. X-2) : *Si quarta ad aliquem ex constitutione D. Pii adrogatum deferatur, quia hic neque heres, neque bonorum possessor sit, utile erit familiæ erciscundæ judicium necessarium*. Antonin avait voulu diminuer les adrogations. Il a décidé alors que l'adrogé impubère aurait droit à une certaine réserve dans la succession de l'adrogeant. Mais cette réserve, une quarte analogue aux autres quarts du droit romain, n'était accordée qu'à certaines conditions. Il fallait que l'adrogé eût survécu à l'adrogeant, fût encore impubère au moment du décès de l'adrogeant, et eût été, soit émancipé injustement par l'adrogeant de son vivant, soit exhérédé par lui dans son testament. Ces conditions remplies, l'adrogé pourra réclamer par l'action *familiæ erciscundæ* le quart de la part à laquelle il avait droit dans la succession de l'adrogeant. La nature de son droit n'est d'ailleurs pas bien précisée. Les uns disent qu'il a une espèce de créance, mais une créance particulière ayant pour objet un quart des biens en nature (Accarias, n° 112). Les autres, avec Ulpien dans le fragment cité, lui attribuent un véritable droit de succession. Quoiqu'il en soit, l'adrogé sera co-propriétaire avec l'héritier de l'adrogeant, du jour où il aura accepté régulièrement la quarte que lui attribue la Constitution d'Antonin, et pourra intenter l'action *familiæ erciscundæ*. L'action une fois née se transmet aux héritiers de

l'adrogé, même si celui-ci n'a pas manifesté l'intention de l'exercer, ainsi que le déclare Ulpien dans un texte, où il examine si l'adrogé doit *conferre quartam*, lorsqu'il réclame la *bonorum possessio* dans la succession de son père, et où il se prononce pour la *collatio*, par ce motif que l'action est transmissible aux héritiers (L. 1-21, D. XXXVII-7) : *Si impubere arrogato secundum Divi Pii rescriptum quarta debetur, videndum est, an, si patris naturalis bonorum possessionem petat, conferre quartam debeat; quæstio in eo est, an heredi suo relinquat quartæ actionem, an non; et magis est, ut ad heredem transferat, quia personalis actio est. Igitur etiam de quarta conferenda cavere eum oportebit.*

Une situation analogue est prévue par le sénatus-consulte Sabinien, qu'on rapporte généralement au règne de Marc-Aurèle, quoique sans preuves décisives, dit M. Accarias (II, p. 15). Le sénatus-consulte avait pour but, lorsqu'un père de famille, ayant trois enfants mâles en avait donné un en adoption, d'assurer à l'adopté, nonobstant l'émancipation, un droit au quart de la succession de l'adoptant. Sans ce sénatus-consulte, l'enfant adopté, après avoir vu lui échapper la succession de son père naturel, parce qu'il était encore à son décès en puissance de l'adoptant, pouvait être émancipé ensuite par l'adoptant et ne recueillir absolument rien dans aucune des deux successions de l'adoptant ou de son père; le préteur ne pouvait lui accorder en effet d'action pour réclamer une part dans la succession de son père naturel alors qu'il se trouvait toujours dans la famille de son père adoptif. Cela était rigoureux, car l'émancipation

et l'adoption étaient valables dès que l'enfant n'avait pu y contredire, en sorte qu'en réalité il était exposé à perdre sans son consentement la qualité d'héritier sien. Le sénatus-consulte remédia à cela dans une certaine mesure en accordant une quarte assez analogue à la quarte Antonine, et qui comme elle, et pour les mêmes motifs, devait être très probablement réclamée par une action *familiæ erciscundæ* utile (Inst. III, I-14). Ce sénatus-consulte fut abrogé par Justinien qui conserva à l'adopté ses droits dans sa famille naturelle.

Pour le légataire partiaire, on a vu qu'il n'avait pas droit à l'action *familiæ erciscundæ*. Néanmoins cette opinion peut être contestée. Il ne s'agirait bien entendu que de l'action utile, car l'action directe ne lui a jamais appartenu. Les Proculiens admettaient, en effet, que le légataire partiaire, tout en n'étant pas co-propriétaire des *res corporales* de l'hérédité, pouvait cependant exiger une part en nature de chaque chose. Les Sabinien, au contraire, disaient qu'il devait se contenter de la valeur estimative des choses héréditaires. Par analogie avec ce qui avait lieu pour la quarte Antonine, les Proculiens devaient, comme conséquence du droit qu'ils reconnaissaient au légataire, lui accorder l'action *familiæ erciscundæ*. Mais leur opinion a-t-elle triomphé? Cela est au moins douteux. Pomponius admet l'opinion sabinienne pour les choses indivisibles ou impartageables sans détérioration, mais laisse le choix à l'héritier pour les autres choses ; ce qui ne semble pas donner au légataire le droit de réclamer contre ce qui lui est attribué, et encore moins d'agir lui-même en partage. D'un autre côté,

Gaius paraît admettre la doctrine proculienne en disant : *cum herede legatarius partitur hereditatem* (Comm. II. 254). Ce texte n'est cependant pas décisif, car il peut s'agir d'un droit conféré à l'héritier, et pas au légataire.

Quant aux simples créanciers, ils n'avaient certainement pas droit à l'exercice de l'action *familiæ erciscundæ*; aucun texte ne la leur donne, et la nature même de l'action exclut leur intervention.

Par suite des particularités du droit romain, il pouvait se présenter des cas, où un individu laissait plusieurs héritiers ou successeurs universels, sans cependant qu'il y ait lien entre eux à l'exercice de l'action en partage. La loi 25 (1 D. X-2) en offre un exemple : *Si miles alium castrensiū, dit Paul, alium cæterorum bonorum heredem fecerit, non est locus familiæ erciscundæ iudicio : divisum est enim per constitutiones inter eos patrimonium.* Cette loi nous montre qu'un militaire peut mourir avec deux successions, deux hérédités, sans point de contact. Il faut supposer pour cela un militaire qui meurt *sui juris*, car s'il était *alieni juris*, il ne pourrait avoir un héritier que pour son pécule *castrense*; il ne peut en effet, au moins à l'époque classique, posséder d'autres biens. Sous Justinien, il est vrai, le militaire peut être un *filiusfamilias*; mais alors il faut supposer qu'il a fait un testament exclusivement pour son pécule *castrense* et que ses biens adventices sont dévolus *ab intestat* à ses héritiers naturels. On ne peut, avec le texte de Paul, admettre que le fils de famille a disposé de ses biens adventices au profit d'un autre héritier, car il n'a pas encore la capacité de faire un testament pour ses biens adventices.

La loi citée, qui exclut l'action *familiæ erciscundæ*, est fondée sur ce qu'il n'y a pas indivision entre le légataire des biens *castrenses* et le successeur *ab intestat* des biens adventices ; c'est comme s'il y avait deux successions indépendantes. C'est la conséquence des Constitutions impériales qui ont créé le pécule *castrense* et l'ont organisé. Si les héritiers appelés à l'une des successions ne peuvent ou ne veulent la recueillir, il n'y aura pas accroissement au profit des héritiers de l'autre, car il n'existe pas entre ces catégories d'héritiers la relation nécessaire pour justifier le droit d'accroissement. Il faut remarquer, au moins dans le cas où le militaire décédé est *filiusfamilias*, qu'il ne laisse pas deux patrimoines distincts. En effet le pécule *castrense* ne constitue pas un véritable patrimoine dans la pleine acception du mot. Les jurisconsultes disent seulement du *filiusfamilias* qu'il est *loco domini*, et non pas *dominus*. Le fils de famille ne peut en effet laisser une hérédité *ab intestat* ; son pécule revient à son *paterfamilias* si celui-ci est encore vivant. Or la qualité de propriétaire emporte à Rome le droit de laisser à sa mort une hérédité *ab intestat*. Le patrimoine ne meurt pas. On peut répondre à cela que le militaire a le droit de faire un testament pour disposer de son pécule ; mais c'est là une faveur accordée par décision impériale ; le droit de tester n'est pas concomitant du droit d'avoir un pécule. Enfin il n'y a que le propriétaire qui puisse aliéner ce qui lui appartient, le droit de propriété étant exclusif. Or, du vivant même du fils, le père peut faire des actes de disposition sur son pécule, des actes ayant effet dans l'avenir, comme un legs *per vindicationem*. Un pa-

reil legs vaudra si le fils est mort avant le père et lui laissant son pécule; pour léguer *per vindicationem*, il est nécessaire d'être propriétaire au jour de la confection du testament; c'est donc que le père est propriétaire du pécule de son fils. Seulement, pour des raisons politiques, on a donné au fils des pouvoirs très étendus sur son pécule, mais ce n'est pas pour lui un véritable patrimoine. Néanmoins on voit par la solution donnée ci-dessus, à l'égard de l'action *familiæ erciscundæ*, que le pécule était doué d'une individualité qui ne permettait pas de le confondre avec le reste du patrimoine du militaire.

La fin du passage de Paul nous offre un second exemple d'absence de l'action *familiæ erciscundæ*, malgré l'existence de plusieurs héritiers. Seulement les motifs pour la suppression de cette action ne sont plus les mêmes. *Quemadmodum cessat familiæ erciscundæ judicium, cum nihil in corporibus sed omnia in nominibus sunt*. Quand une hérédité ne comprend que des créances, il n'y a pas lieu à l'action en partage. Les créances en effet ne sont pas et ne peuvent être en état d'indivision. Elles se partagent, en vertu de la loi elle-même, entre les héritiers en proportion de leurs parts héréditaires. Plusieurs textes nous disent que les créances n'entrent pas dans le *judicium familiæ erciscundæ*, par exemple la loi 4 (pr. D. X, 2). Si certaines exceptions sont apportées à cette règle, comme on le verra, ces exceptions ne s'appliquaient pas, lorsqu'il n'existait pas, en dehors des créances, d'objet indivis pouvant motiver une action en partage. La loi 51 (1 D. X, 2), nous apprend que, dans ce cas, l'héritier qui avait des contestations avec ses cohéritiers au sujet de la

répartition des créances de la succession, devait faire valoir ses droits, non par l'*actio familiæ erciscundæ*, mais par la *petitio hereditatis*.

Il faut remarquer que l'action *familiæ erciscundæ* n'était accordée à l'héritier qu'après qu'il avait fait adition, sauf qu'il s'agissait d'un héritier sien et nécessaire, ou d'un héritier sien. Un héritier institué sous condition ne pouvait de même agir que lorsque la condition s'était réalisée.

Enfin, l'action était toujours utile lorsqu'elle n'était pas intentée par un héritier du droit civil. Les textes cités mentionnent avec soin ce caractère, sauf un seul, la loi 2 (1 D. X 2), qui semble dire que l'adrogé a une action utile parce qu'il n'est ni héritier, ni *bonorum possessor*. En outre la loi 24 (1 D. X, 2) omet le mot utile en parlant du *bonorum possessor*. Mais le silence de cette loi peut parfaitement s'expliquer sous Justinien, alors que la distinction des actions directes et utiles n'avait plus d'intérêt. Il ne faudrait pas en conclure que l'action directe fût accordée au *bonorum possessor*, car celui-ci n'avait qu'une *petitio hereditatis* utile, et l'action en partage devait avoir le même caractère. D'ailleurs la loi 24 met sur la même ligne le fidéicommissaire et le *bonorum possessor*, et la loi 40 (1, D. X, 2) n'accorde au premier qu'une action utile. C'est évidemment cette dernière loi qui doit l'emporter, car la solution qu'elle donne est seule conforme aux principes. La loi 2 précitée signifie donc que, quoique l'adrogé ne soit ni héritier ni *bonorum possessor*, on est cependant, à cause de la nature de son droit, dans la nécessité de lui accorder l'action *familiæ erciscundæ*, qui sera bien entendu seulement utile.

On a vu que l'action *familiæ erciscundæ* présentait de nombreux points de ressemblance avec la *petitio hereditatis*, un texte paraissant même dire qu'elles ont toutes deux le même champ d'application (L. 2. pr. D. X-2). Cependant ces deux actions étaient en réalité fort distinctes, tout en ayant pour objet une hérédité ; il est intéressant de signaler rapidement leurs différences.

En premier lieu la *petitio hereditatis* est réelle, tandis que, pour la majorité des auteurs, et très probablement aussi pour les Romains, l'action *familiæ erciscundæ* était personnelle. Dioclétien dit, il est vrai, que la *petitio* est *mixta personalis* (C. 7. — C. III-32), mais il fait allusion à certaines particularités de cette action, qui ne pouvait être intentée contre tous détenteurs, et comportait diverses prestations personnelles, par exemple, pour se faire payer les créances remboursées ou des prix de vente (L. 25-18, D. V-3). En sens inverse, on aurait pu également dire que l'action en partage était *mixta in rem*, car elle présentait plusieurs des caractères propres aux actions réelles, comme de pouvoir être intentée contre de simples successeurs à titre particulier.

Dans l'action en partage chaque partie jouait le rôle de défendeur et de demandeur à la fois ; il n'en était pas de même dans la *petitio hereditatis*, au moins à l'époque où elle nous est connue, car il est possible que, primitivement, elle ait été double comme la revendication.

Tandis que l'action en partage était et paraît avoir toujours été de bonne foi, la *petitio hereditatis*, comme action *in rem*, ne rentrait pas dans la distinction entre les actions *bonæ fidei* et *stricti juris*.

Néanmoins comme on discutait pour savoir si on pouvait y sous-entendre l'exception de dol, Justinien, pour trancher la question, mit la pétition d'hérédité au nombre des actions de bonne foi par une décision peu sensée dans sa généralité et tout à fait exceptionnelle (Constitution de l'an 530-12-3, C. III-31).

L'action en pétition d'hérédité a pour but de faire reconnaître un droit à une succession, et ne peut en conséquence être intentée que par un non-possesseur, tandis que l'action *familiæ erciscundæ* implique chez les parties la qualité d'héritier et peut être intentée, que l'on ait ou non la possession, car elle ne poursuit que le partage de l'hérédité. S'il y a un doute sur la qualité héréditaire des parties, ce doute doit être tranché au préalable, soit par la *petitio hereditatis*, soit par le juge de l'action *familiæ erciscundæ* lui-même, quand il s'agissait de possesseurs auxquels ne compétait pas la *petitio hereditatis* suivant la distinction déjà indiquée à propos du caractère mixte de l'action en partage. *Si sibi controversiam non faciunt hereditatis, familiæ erciscundæ experiri eos oportebit*, dit Ulpien (L. 1-2 D. V-4). Du moment où le défenseur n'a répondu par aucune exception à l'action du demandeur, c'est qu'il reconnaît par là même et implicitement ses droits héréditaires. Il est naturel en effet de penser que, s'il n'avait pas considéré son adversaire comme un héritier véritable, il aurait refusé de partager avec lui l'hérédité. Cette opinion résulte de l'ensemble des textes sur cette matière, sauf un seul attribué à Scævola, qui a donné lieu à de nombreuses explications et qu'il convient d'examiner avec soin. Au livre 12 de ses Questions Scævola dit : *Qui familiæ erciscundæ agit, non*

confitetur adversarium sibi esse coheredem. Si ce texte est authentique, il renverse absolument la théorie qui vient d'être exposée. Mais il est heureusement fort probable qu'il ne nous est pas parvenu dans son intégrité. En effet les Basiliques ne contiennent pas de négation ; le mot *non* aurait été indûment ajouté par les copistes qui auraient ainsi complètement dénaturé les paroles de Scævola. Sans négation, le texte en question confirme les paroles des autres jurisconsultes. Si l'on considère que la traduction du Digeste contenue dans les Basiliques a été très probablement faite sur un original correct, et à une époque où il était possible de connaître le sens et la portée véritables des textes qu'on appliquait journellement, on trouvera que la supposition d'une interpolation dans la loi de Scævola est l'explication la plus vraisemblable. Glück en a néanmoins proposé une autre fort ingénieuse. Comme la citation de Scævola est empruntée à ses *Quæstiones*, *non* serait le commencement de *nonne* dont les deux dernières lettres auraient disparu, et la phrase aurait un sens interrogatif.

Certains jurisconsultes ont cependant cherché à expliquer le texte en conservant la négation, mais les systèmes qu'ils ont proposés ne sont guère acceptables. Les uns ont dit que celui qui exerce l'action comme demandeur *suppose* seulement que le défendeur est son cohéritier, et peut en cours d'instance abandonner son action qui n'est que le résultat d'une erreur. On ne conçoit guère de différence entre celui qui suppose et celui qui avoue, et s'il y a erreur, il n'y a pas moins eu une supposition ou un aveu en justice qui ne peuvent être détruits que par

la preuve de l'erreur et motivent seulement une restitution *in integrum*. D'autres, avec Voët (*fam.erc. 10 Ad Pandectas*), soutiennent que la loi signifie seulement que le défendeur, qui répond à la poursuite intentée contre lui, ne reconnaît pas pour cela la qualité héréditaire du demandeur, par analogie avec le défendeur qui oppose une exception sans qu'on puisse lui objecter qu'il reconnaît ainsi la prétention de son adversaire. Dans ce système le mot *agit* du texte devrait se traduire par plaider, et non par agir. Outre que cette interprétation est peu naturelle, elle serait insuffisante à donner raison du texte, aucun des plaideurs n'étant exclusivement défendeur dans l'action en partage, mais étant en outre demandeur à cause du caractère double de l'action.

On a déjà vu une autre différence entre la *petitio hereditatis* et l'action *familiæ erciscundæ* relativement aux créances héréditaires. Celles-ci ne sont comprises dans le partage qu'accessoirement, car elles se divisent de plein droit entre les héritiers ; au contraire la *petitio hereditatis* s'applique à elles dans tous les cas, et s'applique même exclusivement, lorsque la succession ne comprend que des créances (L. 51, 1 D. X, 2).

Le défendeur qui succombait dans la *petitio hereditatis* devait restituer le double des fruits qu'il avait perçus ou négligé de percevoir depuis la *litis contestatio*, et s'il était de mauvaise foi, le sénatus-consulte Juventien l'obligeait à restituer en outre au simple les fruits qui ont été ou qui auraient dû être perçus depuis la prise de possession (Paul Sent. I, 1, § 8); *Possessor hereditatis qui ex ea fructus capere vel possidere neglexit, duplam eorum æstimatio-*

nem præstare cogitur. Cette règle s'explique parce que le possesseur de l'hérédité, depuis la prise de possession, s'il est de mauvaise foi, et depuis la *litis contestatio*, s'il est de bonne foi, détient une chose sur laquelle il n'a, soit aucun droit, soit seulement un droit partiel. Il faut observer cependant que la restitution des fruits au double n'a existé qu'à l'origine du droit, mais qu'elle ne se retrouve plus dans le dernier état du droit, en sorte que la différence présentement étudiée n'a eu qu'un caractère temporaire à cet égard. Au contraire dans l'action *familiæ erciscundæ* on ne restituait jamais et encore au simple seulement que les fruits perçus, ce qui se comprend, le demandeur comme cohéritier pouvant percevoir lui-même les fruits que son adversaire négligeait de percevoir (L. 56, D. X, 2) : *Non solum in finium regundorum, sed et familiæ erciscundæ iudicio, præteriti quoque temporis fructus veniunt*. Il n'y avait donc pas à considérer ici le moment où l'action s'engageait pour fixer l'époque à partir de laquelle les fruits devaient être restitués. Celui qui les percevait s'obligeait par cette perception même à les restituer en vertu du quasi-contrat d'indivision.

Enfin il faut remarquer que la *petitio hereditatis* n'aboutissait jamais au partage. Celui qui l'intentait ne demandait pas qu'on lui remît une part *divise* correspondant à ses droits dans la succession. Il ne pouvait exiger qu'une part *indivise* dans toutes les choses héréditaires. Libre à lui de procéder ensuite à un partage amiable ou d'intenter l'action *familiæ erciscundæ*. Au contraire cette dernière action avait essentiellement pour but le partage et ne pouvait s'exercer, au moins, comme action directe, que tant

que l'indivision subsistait. Son exercice aboutissait à la dissolution de la *communio*, à moins d'une erreur ou d'un oubli du juge, qui aurait laissé *indivis* un objet de la succession. Encore la *communio* changeait-elle tout au moins de nature ; elle n'était plus universelle, mais seulement à titre particulier, et donnait ouverture à l'action *communi dividundo*. Il ne faudrait pas se laisser égarer à ce sujet par ce que je viens de dire à propos de l'exercice exclusif de la *petitio hereditatis*, quand une succession ne comprenait que des créances. L'action *familiæ erciscundæ* n'était sans doute plus recevable, car elle était inutile ; mais ce n'était pas depuis la *petitio hereditatis* qu'elle était devenue inutile ; elle l'avait toujours été, l'indivision n'ayant jamais existé. Les créances se divisant de plein droit entre les successeurs, y compris celui qui intentait l'action en pétition d'hérédité, celui-ci par cette action n'avait pu réclamer qu'une part divisée de chaque créance ; et non une part indivise dans l'ensemble de la succession. L'inutilité de l'action *familiæ erciscundæ* subsistait donc après comme avant la *petitio hereditatis*.

On a vu entre quelles personnes pouvait s'exercer l'action *familiæ erciscundæ* ; mais il faut remarquer qu'elle ne s'exerçait pas exclusivement entre elles. À côté d'elle existait l'action *communi dividendo*, dont les cohéritiers pouvaient également se servir. On peut se demander comment les Romains, en général si avarés d'actions, en avaient cependant établi deux pour permettre de sortir d'indivision. Il y a deux explications de ce phénomène, toutes les deux également exactes et acceptables.

La première explication est historique : les deux

actions, comme on l'a vu au commencement de cette étude, n'ont pas toujours existé. La plus ancienne était très probablement l'action *familiæ erciscundæ*, qui remonte au moins aux Douze Tables. L'action *communi dividundo* n'est venue qu'après, comme on peut déjà l'induire de l'ordre des titres du Digeste. En outre, les jurisconsultes développent davantage leurs commentaires à propos de l'action *familiæ erciscundæ* et y renvoient pour l'action *communi dividundo*. *Cætera eadem sunt, quæ in familiæerciscundæ judicio tractavimus*, dit Ulpien (L. 6-11 D. X-3). On retrouve une situation analogue pour la revendication et la publicienne. L'action la plus ancienne, la revendication, est seule développée, pendant que la publicienne est brièvement traitée ; on lui applique les règles de la revendication. L'action *communi dividundo* doit par suite être considérée comme ayant été créée pour répondre à des besoins nouveaux, auxquels ne satisfaisait pas l'action *familiæ erciscundæ*, et avec une portée bien plus générale. Comme la première action existait et pouvait à certains égards être plus avantageuse aux parties, on ne l'a pas supprimée en créant la seconde.

La seconde explication se tire de ce fait que chaque action a son domaine propre. L'action *familiæ erciscundæ* sert pour une *universitas juris*, une masse, tandis que l'action *communi dividundo* s'applique à des choses individuellement déterminées. Si cette dernière existait seule, les cohéritiers devraient intenter autant d'actions que de choses héréditaires, disent les uns, ou tout au moins, d'après les autres, spécifier toutes les choses à partager.

L'action *familiæ eriscundæ* les dispense de cette spécification; elle a donc son utilité particulière.

Cette seconde explication est surtout propre à expliquer certaines particularités de l'action *familiæ eriscundæ*. Cette action, rapporte Ulpien, ne peut être intentée qu'une seule fois, *nisi causa cognita* : *Familiæ eriscundæ judicium amplius, quam semel, agi non potest: nisi causa cognita: quod si quædam res indivisæ relictæ sunt, communi dividundo de his agi potest* (L. 20-4 D. X.-2). L'exception au principe que l'action ne peut être intentée qu'une seule fois, et qui nécessite pour cette réitération une enquête des magistrats, suppose une erreur plausible commise par les héritiers, lorsqu'ils ont agi la première fois, par exemple l'oubli d'un héritier. Ils obtiendront alors la *restitutio in integrum* pour avoir le droit d'intenter à nouveau l'action *familiæ eriscundæ*, qui pouvait leur offrir certains avantages. Mais pourquoi était-il impossible d'exercer deux fois de suite cette action ? C'est qu'elle a pour but la liquidation des droits des cohéritiers en tant que cohéritiers. Son exercice fait disparaître *ipso facto* l'*universitas* appelée hérédité. Après, il peut bien y avoir encore des biens restés indivis provenant de la succession, mais ils ne sont pas indivis en tant qu'*universitas*, mais bien *ut singuli*. Il n'y a plus que de simples co-propriétaires. Aujourd'hui on retrouve une question analogue à propos de l'article 59 du Code de procédure. Cet article dispose que l'action en partage peut être portée devant le tribunal du lieu, où la succession s'est ouverte. Mais pourra-t-on porter cette action plusieurs fois devant ce tribunal à raison de la même succession ? On dé-

cide en général que oui, contrairement à la solution admise en droit romain.

Ulpien, dans le texte cité, dit que l'action *communi dividundo* compétera seule aux cohéritiers à l'égard des choses restées indivises. Cette action peut en effet être intentée plusieurs fois : *Hoc iudicium bonæ fidei est : quare si una res indivisa relicta sit, valebit utique cæterarum divisio, et poterit iterum communi dividundo agi de ea, quæ indivisa mansit*, dit le même Ulpien dans la loi 4 (2 D. X. 3). La cause de l'action subsiste et renaît tant qu'il reste une chose indivise. Il n'est pas nécessaire pour cela d'insérer des réserves dans la formule de l'action qu'on intente la première fois. Au contraire, l'action *familiæ erciscundæ* ne pourrait pas, semble-t-il, être réitérée, même si la formule délivrée contenait une réserve à cet égard, car l'université a disparu et ne peut plus renaître. Il faut seulement se garder de prendre trop à la lettre les paroles d'Ulpien. Ce dernier semble, en effet, dire que la réitération est possible pour l'action *communi dividundo*, parce qu'elle est de bonne foi. Ce motif est inexact. Outre que, s'il était fondé, il s'appliquerait tout aussi bien à la seconde action en partage, alors qu'il n'en est rien, le fait d'être de bonne foi n'efface pas les résultats de la *litis contestatio* pour les actions. La véritable raison de la réitération, c'est que la cause de l'action, l'indivision, existe toujours.

L'action *communi dividundo* se distinguait encore de l'action *familiæ erciscundæ*, en ce qu'elle était seule possible dans un cas qui nous est indiqué par la loi 54 (D. X-2), quoique la *communio* héréditaire

ne fût pas encore dissoute, soit par le partage amiable, soit par l'action *familiæ erciscundæ*. Il faut supposer pour cela que l'un des cohéritiers a vendu sa part dans une chose indivise provenant de la succession à un étranger. Celui-ci devient alors copropriétaire avec les autres cohéritiers d'un objet héréditaire. Si l'action *familiæ erciscundæ* est intentée entre les cohéritiers, elle ne s'appliquera, ni à la *pars* aliénée, *cum alienata de hereditate exierit*, ni à l'autre *pars*, *quia etiamsi remanet in pristino jure, hereditariaque est, tamen alienatione alterius partis exit de communione*. Les cohéritiers devront alors intenter avec l'acquéreur l'action *communi dividundo*, car l'objet dont une part a été aliénée n'est plus considéré comme objet héréditaire. L'aliénation effectuée par un copropriétaire, a donc changé la nature du droit qu'avaient sur la chose aliénée, même les autres copropriétaires, et rendu impossible l'exercice de l'action *familiæ erciscundæ*. Une pareille aliénation est sans influence sur l'action *communi dividundo*, ce qui se comprend, parce que si cette action n'était plus possible, il n'existerait pas de moyen pour sortir de l'indivision.

On a vu que les cohéritiers n'étaient pas forcés de recourir à l'action *familiæ erciscundæ*, mais qu'ils avaient le droit, s'ils le préféraient d'employer également l'action générale en partage ou *communi dividundo*. *Inter coheredes etiam communi dividundo agi potest, ut res duntaxat, quæ eorum communes sint, et causa ex his pendentes in judicium veniant; de cæteris vero in integrum sit familiæ erciscundæ judicium*, dit Paul (L. 44, pr. D. X-2), et Gaius dit autre part au titre *Pro Socio : Inter eos*

quoque, quibus hereditario jure communis res est, posse et communi dividundo agi (L. 34, D. XVII-2). On a cependant contesté cette conclusion en s'appuyant sur un texte d'Ulpien : *Per hoc judicium corporalium rerum fit divisio, quarum rerum dominium habemus, non etiam hereditatis* (L. 4, pr. D. X-3). Mais la contradiction n'est qu'apparente. On peut remarquer d'abord que le fait de la coexistence des deux actions s'explique historiquement ainsi que je l'ai montré. Si ensuite on examine avec plus d'attention les textes, on s'aperçoit qu'ils n'ont pas en vue la même hypothèse. Ni Paul, ni Gaius ne disent que l'action *communi dividundo* peut servir à partager une *hérédité*; ils se bornent à déclarer que cette action peut être intentée pour obtenir le partage d'une ou plusieurs *res* qui sont indivises, *communis jure hereditario*. Paul ajoute même que l'action *familiæ exerciscundæ* seule permet d'obtenir le partage de l'ensemble des choses héréditaires, *in integrum*, c'est-à-dire de ces choses considérées comme formant un tout, une individualité, en un mot de l'hérédité. C'est précisément ce que signifie le passage d'Ulpien, lequel n'écarte l'exercice de l'action *communi dividundo*, que lorsqu'il s'agit de l'hérédité, et nullement lorsqu'on veut partager des *res corporales* considérées isolément, qu'elles soient ou non dépendantes d'une succession indivise. En un mot les textes précédents ont seulement pour but de définir nettement le domaine propre de chaque action en partage : l'une, générale, est utile lorsqu'on ne veut partager dans une succession que certains objets déterminés, ou bien lorsque l'indivision ne résulte pas d'une mutation par décès à titre

universel; et l'autre, d'une portée plus restreinte, s'applique lorsque c'est la masse héréditaire indivise que l'on partage. Sa nécessité apparaît avec évidence, si l'on songe que sans elle, pour partager l'hérédité entière, il faudrait avoir soin d'indiquer et d'énumérer dans la formule de l'action *communi dividundo* toutes les choses dont se compose l'hérédité, et que l'oubli d'une seule oblige à recommencer à nouveau la procédure pour cette chose omise. Cette dernière action pouvait être intentée, d'abord entre les héritiers, et relativement à une ou plusieurs *res hereditariæ*; son exercice ne supprimait pas l'existence de la succession en tant qu'universalité juridique; aussi, comme le dit Paul, l'action *familiæ erciscundæ* restait-elle toujours ouverte pour partager le surplus de la succession d'un seul coup.

L'action *familiæ erciscundæ* s'appliquant au partage de l'hérédité entière, pouvait-elle être exercée entre quelques-uns seulement des cohéritiers? Et d'abord dans quelles hypothèses faut-il se placer pour supposer un intérêt à l'exercice partiel de l'action? Ces hypothèses peuvent être très nombreuses. Un héritier a peut-être été institué seulement sous condition. Tant que la condition ne sera pas réalisée, il ne pouvait intenter l'action, car la qualité d'héritier ne lui était pas définitivement acquise. La succession appartenait provisoirement aux autres héritiers pour le tout. Il ne semble pas non plus que cet héritier pût défendre au partage, surtout si l'on se rappelle que le défendeur est également demandeur dans le *judicium duplex*. Il peut également arriver que des héritiers soient absents, ou s'opposent à l'exercice de l'action. Un point qui paraît d'abord

certain, c'est qu'il n'était pas nécessaire que tous les héritiers consentent pour que l'action *familiæ erciscundæ* pût être intentée. Le but même de l'action l'indique, puisqu'elle a pour objet de faire judiciairement ce que les parties n'arrivent pas à faire amiablement. Si l'un des copropriétaires pouvait, en s'opposant au partage, empêcher les autres d'exercer l'action *familiæ erciscundæ*, l'indivision serait forcée, et le principe que nul n'est tenu d'y demeurer passerait à l'état de lettre morte. Aussi un seul copropriétaire doit-il pouvoir demander et obtenir le partage, même si les autres parties refusent d'y consentir. C'est ce qu'exprime Ulpien dans la loi 43 (D. X, 2) : *Arbitrium familiæ erciscundæ vel unus petere potest : nam provocare apud judicem vel unum heredem posse, palam est : igitur et præsentibus cæteris et invitis poterit vel unus arbitrum postulare*. Il faut traduire les mots *et præsentibus et invitis* de la façon suivante : soit que les cohéritiers soient présents et consentent au partage, soit qu'ils refusent de consentir et n'interviennent pas, c'est-à-dire fassent défaut. La loi 13 pr. (D. IV, 4) confirme ce sens du mot *invitus* : *Causa enim cognita, et præsentibus adversariis, vel si per contumaciam desint, in integrum restitutiones perpendendæ sunt*. On a cependant cherché à expliquer autrement le texte, tout en lui laissant la même signification. *Invitus* ne ferait allusion qu'au refus de consentir, qu'il soit passif, résultant d'un défaut, ou actif, consistant en une défense à l'action. Quant au mot *præsentibus* qui perdrait une partie de sa portée, du moment où il ne ferait plus antithèse à *invitis*, Noodt propose de le remplacer par *absentibus*. L'action peut être intentée

même contre les absents, aurait dit alors Ulpien. Cette correction est en elle-même fort acceptable, si l'on remarque qu'ailleurs Ulpien dit formellement : *qui potest invitis alienare, multo magis, et ignorantibus et absentibus* (L. 26, D. L-17). Il semble donc que l'action *familiæ erciscundæ* peut être intentée entre certains héritiers seulement. Il est vrai que les textes ne prévoient que l'absence ou l'ignorance des autres cohéritiers pour expliquer leur non-intervention au partage. Mais c'est qu'ils n'ont songé qu'au cas le plus habituel. Quand les héritiers sont tous présents et connus, il n'y a pas de motif pour ne pas les convoquer au partage. Le mot *invitis*, qui se trouve dans le premier passage d'Ulpien, permet en outre de supposer que le mauvais vouloir de certains héritiers peut être une raison suffisante, pour n'effectuer d'abord le partage qu'entre les autres co-propriétaires.

La loi 2 (4. D. X-2), aussi d'Ulpien, est absolument générale et laisse toute latitude aux héritiers à cet égard : *Dubitandum autem non est, quin familiæ erciscundæ judicium et inter pauciores heredes ex pluribus accipi potest*. Mais il faut se garder d'aller trop loin et de donner à ce texte une portée qu'il n'a pas. De ce que quelques héritiers seulement intentent l'action en partage de l'hérédité, qui leur est commune avec d'autres, il ne faut pas en conclure que l'indivision cessera complètement entre eux. En effet, cette action est pour les autres *res inter alios acta*. Elle ne peut donc leur nuire, ni transformer en propriété divise leurs droits indivis sur les choses héréditaires. Une constitution au Code le dit à propos du partage amiable, et rien

n'autorise à donner une réponse différente pour le partage judiciaire (C. 17. Dioclétien et Maximien C. III-36) : *Coheredibus divisionem inter se facientibus, juri absentis et ignorantis minime derogari, ac pro indiviso portionem eam, quæ initio ipsius fuit, in omnibus communibus rebus eum retinere, certissimum est. Unde portionem tuam cum redditibus arbitrio familiæ erciscundæ percipere potes, ex facta inter coheredes divisione nullum præjudicium timens*. La fin du texte montre que, quoique certains héritiers aient partagé entre eux la succession, et que l'universalité ait par conséquent disparu à leur égard, l'action *familiæ erciscundæ* pourra néanmoins être intentée par les absents ; c'est donc que l'hérédité subsiste au moins relativement à ceux qui ne sont pas parties au partage. Peut-être faudrait-il en dire autant, si le premier partage avait été judiciaire, et on trouverait alors un cas où l'action *familiæ erciscundæ* pourrait être réitérée pour partager une même hérédité, entre héritiers différents il est vrai. Il est certain, en effet, comme un texte cité en fait foi, que les héritiers présents pouvaient, au lieu du partage amiable, recourir à l'action *familiæ erciscundæ*. Cette opinion est encore confirmée par un passage de Paul, relatif à l'action *communi dividundo*, et qu'il est permis de transporter à la première action, en changeant *res* en *hereditas* : *Etsi non omnes, qui rem communem habent, sed certi ex his dividere desiderant, hoc judicium inter eos accipi potest* (L. 8 pr. D. X-3). La seule règle à observer, c'est qu'il ne sera pas permis au juge de négliger dans ses attributions les héritiers non présents, sans, cependant, qu'il ait le pouvoir de faire

cesser l'indivision à leur égard. Si le juge avait distribué toute l'hérédité entre les héritiers parties à l'action, sans tenir compte des autres, le partage serait nul. C'est dans ce sens qu'il faut entendre un texte de Paul, qu'on a quelquefois invoqué à tort pour prétendre que l'action *familiæ erciscundæ* supposait essentiellement le concours de tous les héritiers : *Judex familiæ erciscundæ nec inter paucos heredes, sed inter omnes dandus est : alioquin inutiliter datur* (Sentences I, 18. § 4). S'il y a des héritiers institués sous condition, les autres pourront donc partager entre eux l'hérédité, mais en sauvegardant les droits des héritiers conditionnels, pour le cas où la condition se réaliserait. La loi 7 (D. X. 2) permet de l'affirmer.

On a vu que la possession de l'hérédité n'était pas nécessaire pour exercer l'action. Seulement le non-possesseur pouvait se voir opposer une exception, si ses droits héréditaires étaient contestés, et la question de propriété de l'hérédité était tranchée, soit par la *petitio hereditatis*, soit par l'action *familiæ erciscundæ* elle-même, d'après la distinction qui a été posée lors de l'examen du caractère mixte de l'action en partage.

La loi 48 (D. X-2) contient une dérogation au droit commun, en ce qui concerne l'exercice de l'action *familiæ erciscundæ*, qu'il convient de signaler : *Si familiæ erciscundæ, vel communi dividundo, vel finium regundorum actum sit, et unus ex litigatoribus decesserit pluribus heredibus relictis, non potest in partes judicium scindi : sed aut omnes heredes accipere id debent, aut dare unum procuratorem, in quem omnium nomine judicium*

agatur. Si un cohéritier meurt laissant plusieurs héritiers après la *litis contestatio*, ces héritiers devront s'entendre pour agir ensemble, pour continuer l'action. Quoique le texte ne le dise pas, par identité de motifs il faut admettre que les héritiers auront également à s'entendre pour renoncer à l'action. S'ils ne veulent pas exercer eux-mêmes l'action en partage, ils pourront et devront même nommer un seul procureur qui agira au nom de tous. C'est là une première particularité, la loi 42 (6, D. III-3) disant que des cohéritiers intentant l'action *familiæ erciscundæ* doivent avoir chacun un procureur spécial, parce que tous ont des intérêts distincts, et que les adjudications et condamnations doivent être prononcées au profit de chaque héritier ou contre lui. La fin de la loi signale l'exception qui existe pour les héritiers d'un cohéritier, une fois l'action engagée. Tous ces héritiers représentant une seule partie à l'instance ont un intérêt commun désormais, celui de leur auteur. Par suite du caractère double de l'action en partage, le cohéritier qui l'a intentée est à la fois demandeur et défendeur. Comme défendeur il ne peut par son fait porter préjudice aux autres parties. Il a bien le droit de renoncer à l'action qu'il a intentée, car sa qualité de défendeur n'est qu'accessoire de celle de demandeur, et tout demandeur est libre de se désister de la poursuite qu'il a intentée. Mais si les héritiers qu'il a laissés pouvaient, les uns renoncer à l'action, les autres la continuer, ils porteraient un préjudice aux autres parties engagées dans l'instance, rendraient leur condition pire en quelque sorte, en superposant une nouvelle indivision à l'ancienne. Leur qualité de défendeurs le leur interdit du reste,

ils ne peuvent se soustraire à l'action engagée par leur auteur, alors que cette action subsiste par la volonté de quelques-uns d'entre eux. On conçoit donc que, dans l'intérêt des cohéritiers du *de cujus*, on leur ait imposé l'obligation de prendre tous le même parti, c'est-à-dire soit de continuer l'action en nom collectif pour ainsi dire, soit d'y renoncer. Si l'action continue, ils ne seront considérés que comme une seule personne juridique, à laquelle seront faites les adjudications et qui subira les condamnations. Aussi un mandataire unique suffira-t-il pour représenter tous les héritiers du décédé, puisque chacun de ces héritiers disparaît en quelque sorte devant la personne de son auteur.

Je vais maintenant rechercher quelle capacité devaient avoir ceux qui intentaient l'action *familiæ erciscundæ*. La réponse à cette question pourra varier, comme on le verra, suivant qu'il s'agit du défendeur ou du demandeur, mais elle dépend uniquement de deux considérations, savoir: du caractère nécessaire du partage, et de son effet translatif.

Le partage à Rome n'était pas déclaratif, comme il l'est aujourd'hui en France, qu'il fût judiciaire ou amiable. Il était au contraire translatif de propriété et assimilable suivant les cas à la vente ou à l'échange. Il suit de là que partager, c'était aliéner, et que la capacité nécessaire pour opérer un partage était la même, en principe du moins, que celle qui était exigée pour aliéner.

Pour aliéner une chose et par suite pour la partager, il faut d'abord en être propriétaire; aussi s'explique-t-on par là que l'exercice de l'action *familiæ erciscundæ* constituait un *præjudicium* à l'égard de

la question de propriété et la supposait déjà tranchée. En second lieu, il faut avoir la capacité de l'aliéner, c'est-à-dire être légalement en situation d'exprimer sa volonté avec réflexion et liberté. Il ne faut pas confondre l'incapacité avec le défaut de pouvoir. Un pupille par exemple est incapable. Son tuteur peut être sans pouvoir pour faire certains actes, mais il n'est pas incapable. L'incapacité tient à la situation personnelle de l'intéressé, tandis que le défaut de pouvoir suppose un acte fait sur le patrimoine d'autrui par une personne, qui ne peut le faire valablement. L'incapacité à Rome était, comme partout, exceptionnelle; tout le monde était en principe capable; les incapables étaient ceux seulement, auxquels la nature des choses, les mœurs ou les lois ne reconnaissaient pas le discernement nécessaire pour gérer leur fortune; c'étaient notamment les pupilles, les mineurs de 25 ans, les fous et les prodigues qui se trouvaient les uns en tutelle, les autres en curatelle. Ces différents incapables ne pouvant aliéner, ne pouvaient non plus figurer seuls à un partage judiciaire. Pour les mineurs, comme il s'agissait d'un acte à titre onéreux, c'était le tuteur qui agissait.

Celui-ci avait même dans le droit primitif les pouvoirs les plus étendus, ce qui présentait de grands avantages à côté d'abus possibles. Mais à l'origine on craignait peu les abus, que les lois et surtout les mœurs suffisaient à réprimer, et l'on proclamait le tuteur *loco domini*. Aussi celui-ci pouvait-il tout faire à l'exception des libéralités; il pouvait notamment partager seul amiablement ou en justice, et tant en demandant qu'en défendant, que son pupille

fût un mineur ou une femme. Pour les femmes majeures, il est vrai, le pouvoir du tuteur d'agir seul dura peu, si tant est même qu'il ait jamais existé, comme on l'a soutenu, et le tuteur fut seulement chargé de donner son *auctoritas* à sa pupille. Le pupille pouvait d'ailleurs agir personnellement pour le partage, mais avec l'*auctoritas* de son tuteur, comme en témoigne un texte de Scævola (L. 20 D. XXVI-8). Un partage est intervenu entre plusieurs pupilles succédant à un père commun, le tuteur ayant été présent, mais n'ayant pas signé l'acte de partage. On s'est demandé si ce partage était valable. Le jurisconsulte a répondu que, si le tuteur avait donné son *auctoritas*, il ne fallait pas permettre d'attaquer le partage, parce qu'il n'avait pas été signé par le tuteur. Ce texte montre que l'*auctoritas* ne consiste pas seulement dans une signature, qu'elle peut résulter de la présence du tuteur, et qu'elle rend en tous cas le partage inattaquable. On peut remarquer en outre d'une part, que, quoique Scævola paraisse surtout avoir en vue le partage amiable, il n'y a aucune raison pour ne pas étendre ce qu'il dit au partage judiciaire, et d'autre part, qu'un seul tuteur paraît avoir suffi pour autoriser tous les enfants à faire le partage. Aujourd'hui l'article 968 du Code de procédure s'opposerait à un tel résultat, que confirme cependant la loi 15 au même titre, qui suppose précisément qu'un même tuteur autorise à la fois le demandeur et le défendeur à une action, loi qui peut parfaitement s'appliquer à l'action *familiæ erciscundæ*. On a, il est vrai, contesté que les Romains aient admis le partage fait par un seul tuteur, car celui-ci peut vouloir favoriser un

pupille au détriment des autres qui, lésés, n'auraient plus que la ressource extrême de la *restitutio in integrum*; mais, quoique le passage de Scævola ne soit pas absolument formel, il semble plutôt admettre l'unité de tuteur dans l'espèce qu'il vise.

A côté des personnes en tutelle, les Romains en avaient d'autres qui se trouvaient en curatelle, comme les fous, les prodigues, les mineurs de 25 ans. La curatelle, institution moins romaine que la tutelle, s'en distingue en ce qu'elle obvie à des déficiences accidentelles, anormales, par exemple à la perte de l'intelligence, à la prodigalité, tandis que la seconde remédie surtout à des imperfections d'un caractère régulier, à l'âge, au sexe. On ne retrouve pas non plus dans la curatelle quelque chose d'analogue à l'*auctoritas* du tuteur, qui, loin d'être un simple gérant de biens, se borne le plus souvent à *auctoritatem suam interponere*. Le curateur du fou, celui du prodigue n'ont jamais à donner leur *consensus*. Celui-ci n'apparaît qu'assez tard, lorsque la curatelle fut étendue aux mineurs de 25 ans. Mais il diffère toujours de l'*auctoritas*, qui constitue un acte produisant des effets juridiques, et qui donne la vie à un contrat nul sans elle. Le *consensus* donné à un mineur n'est jamais qu'une mesure de précaution, car l'acte du mineur est valable *jure civili*; il sert seulement à éviter plus tard une *restitutio in integrum*. Le mineur de 25 ans pourrait agir seul dans l'action *familiæ erciscundæ*, mais ses cohéritiers, pour n'avoir rien à craindre dans la suite, exigeront le *consensus* de son curateur. En dehors du *consensus* qu'ils peuvent être appelés à donner, les curateurs ont aussi à gérer les biens de l'incapable;

ils peuvent agir seuls et ont à cet effet dans l'ancien droit de très grands pouvoirs. Gaïus nous dit même que le curateur d'un fou peut aliéner les *res furiosi*. Il pouvait donc agir également en partage pour ce *furiosus*.

Avec le temps, on finit par reconnaître que le trop grand pouvoir donné aux curateurs et aux tuteurs, pouvoir qui avait surtout pour but de leur permettre de faire fructifier le patrimoine de l'incapable, avait des inconvénients de jour en jour plus considérables. Des abus s'étaient produits, et l'*in integrum restitutio* était devenue insuffisante pour y remédier. On préféra prévenir que réprimer. Sur la proposition de Septime Sévère, un sénatus-consulte décida que les *prædia rustica vel suburbana*, les fonds ruraux et jardins des faubourgs, c'est-à-dire les immeubles d'un revenu certain et ne se dépréciant pas, seraient désormais inaliénables, sauf dans certains cas et avec l'autorisation du magistrat. A partir de ce moment les tuteurs et curateurs ne purent aliéner les immeubles de cette nature, soit seuls, soit en donnant leur *auctoritas*. On n'interdisait pas cependant toutes les aliénations, mais seulement celles qui émanaient de la libre volonté des tuteurs et curateurs; les ventes forcées restaient permises. Il faut maintenant appliquer cela au partage. A cet effet, on doit distinguer, suivant que le partage est provoqué ou subi, qu'on est demandeur ou défendeur à l'action en partage. Provoqué, le partage est une aliénation volontaire; subi, c'est une aliénation nécessaire. Si les biens à partager sont des *prædia rustica vel suburbana*, les curateurs et tuteurs pourront encore défendre au partage, comme le dit la loi 1 (pr.

et 2, D. XXVII-9), qui rapporte en partie les termes du sénatus-consulte, ou plutôt de l'*oratio principis* lue au Sénat : *Si communis res erit, et socius ad divisionem provocet : aut si creditor, qui pignori agrum a parente pupilli acceperit, jus exequetur : nihil novandum censeo*. (Voir aussi L. 8-2, D. XXVII-9). Il n'y a pas à redouter ici l'action du tuteur; il saura se défendre contre le cohéritier capable. Au contraire, les tuteurs ne peuvent demander librement le partage, dit Ulpien (L. 7, pr. D. XXVII-9), en supposant des biens indivis entre plusieurs pupilles. Le partage ne peut avoir lieu librement, car il faut qu'il soit demandé, ce que ne peut faire aucun des pupilles : *Et cum provocatio necessaria sit, puto alienationem impediri*. Il ne faudrait pas, bien entendu, conclure de ce texte que le partage soit absolument impossible. La loi 8 (2, h. t.) permet au contraire aux tuteurs de provoquer le partage, en demandant au magistrat un *decretum*, car on se trouve dans l'un des cas où l'aliénation est possible par décret, le sénatus-consulte ayant pour but de simplifier les choses, et non d'augmenter les difficultés résultant de l'indivision. En résumé, les tuteurs et curateurs ne pourront plus provoquer le partage des *prædia rustica vel suburbana* sans une permission du magistrat. On a conclu de là que, quand il y aura un incapable parmi les co-propriétaires, le partage judiciaire sera seul possible, car l'intervention du juge est l'unique manière, à ce qu'il semble, de constater qui demande le partage. Et si c'est le tuteur qui agit, le magistrat ne lui donnera sans doute son *decretum*, que s'il fait un partage judiciaire, à cause de la garantie que peut procurer à l'incapable

la présence du juge. Cependant on peut hésiter à admettre l'hypothèse précédente, qui est peut-être trop inspirée par ce qui a lieu de nos jours en matière de partage entre incapables. L'empereur, dans son *oratio*, dit qu'on ne peut rien innover quand les pupilles sont défendeurs. La conséquence à tirer de ces mots, c'est, qu'après le sénatus-consulte comme avant, les tuteurs pourront partager à l'amiable. Ils auront le droit d'agir ainsi sur la demande des cohéritiers de leur pupille. On peut cependant admettre que, s'ils se portent demandeurs et réclament au magistrat un *decretum*, celui-ci ne sera accordé que si le partage est judiciaire, mais cette conclusion n'est nullement certaine.

Une conséquence à tirer de ce qui précède, c'est que, si tous les cohéritiers sont mineurs, circonstance assez fréquente en matière de succession, il faudra de toute nécessité un *decretum* du magistrat pour obtenir le partage. Si au contraire un co-propriétaire se trouve majeur et se porte demandeur, le *decretum* n'est plus utile, car le tuteur des incapables est forcé d'accéder à la demande qui lui est faite, et l'obligation du *decretum* ne serait qu'une formalité gênante. C'est ce que décide la Constitution 17 de Dioclétien et Maximien (C. V-71).

Les empereurs ont poursuivi leur œuvre de restriction des pouvoirs des tuteurs et curateurs, et élargi le cercle d'application du sénatus-consulte de Sévère. Constantin déclara inaliénables tous les immeubles et même les meubles précieux, comme l'or, l'argent, les bijoux, les vêtements de prix (L. 22, C. V-38). Les placements sont en effet devenus mauvais à cette époque. En principe, il vaut mieux

garder ce que l'on possède que l'échanger contre une valeur peut-être moins sûre. Le partage ne pourra plus jamais avoir lieu sans *decretum*, lorsqu'il est provoqué par le tuteur, à moins qu'il ne s'agisse de meubles de peu de valeur. Pour défendre au partage, l'autorisation du magistrat reste superflue, car l'aliénation à intervenir est forcée.

A côté du partage des biens appartenant à des incapables, il convient d'examiner le partage des biens dotaux. Il s'agit moins ici de capacité que d'une question de pouvoir. Ce n'est que lorsqu'il s'agit d'une femme non mariée, qu'il y a lieu d'examiner sa capacité, mais il suffit de renvoyer à cet égard à ce qui vient d'être dit pour les tuteurs, car la femme était en tutelle perpétuelle. Il convient de remarquer cependant que le tuteur d'une femme ne pouvait que donner son *auctoritas*, sans avoir le droit d'agir seul au nom de la femme, et de plus qu'à partir d'un certain moment la femme a eu le droit de gérer son patrimoine, sans pouvoir cependant aliéner ses *res Mancipi*, et qu'en conséquence l'*auctoritas* du tuteur était nécessaire pour le partage d'une succession comprenant des *res Mancipi*.

Pour la dot, le principe est que le mari est pendant le mariage, *dominus rerum dotalium*. Il a donc tout pouvoir pour aliéner librement les biens dotaux, et par suite en provoquer le partage. Mais à partir de la loi Julia, les pouvoirs du mari ont été restreints. Il ne peut plus, *invita muliere*, aliéner les immeubles estimés qui lui ont été constitués en dot. Le consentement de la femme devient nécessaire pour une aliénation volontaire; mais les aliénations nécessaires ne sont pas atteintes par la loi Julia.

C'est ce que dit une constitution de Gordien relative à l'action *communi dividundo*, mais qui peut s'appliquer aussi à l'action *familiæ erciscundæ* (C. V-23) : *Mariti, qui fundum communem cum alio in dotem inæstimatum acceperunt, ad communi dividundo iudicium provocare non possunt, licet ipsi possint provocari*. Le mari ne peut donc seul demander le partage, parce que ce serait aliéner; mais il peut accéder à une demande en partage, car l'aliénation est ici forcée. Certains auteurs ont conclu de là que le partage judiciaire était seul possible pour les fonds dotaux non estimés, comme pour les biens des mineurs. Mais cette affirmation est contestable, car aucun texte ne vient à son appui d'une manière expresse. S'il y avait eu estimation des biens dotaux, comme le mari en est alors seul propriétaire, et propriétaire absolument libre, il pourra provoquer lui-même le partage.

Justinien a défendu l'aliénation des biens dotaux, même avec le consentement de la femme. Il ne faut pas en conclure que le mari ne pourra défendre au partage, ou le demander avec sa femme, car le principe, que nul n'est tenu de rester dans l'indivision, est supérieur au principe de l'inaliénabilité de la dot.

Il reste une dernière situation à examiner, celle du fils de famille militaire à propos de son pécule *castrense*, quand ce pécule comprenait des biens indivis à partager par l'action *familiæ erciscundæ*. Le fils était *loco domini*, comme on l'a vu, mais le père avait aussi sur le pécule un certain droit de propriété. Est-ce le père ou le fils qui aura le droit de figurer au partage des biens du pécule? La répon-

se à cette question se tire de la distinction qu'il faut faire entre les actes émanés du père et relatifs au pécule, distinction qui résulte de la loi 18 (1 D. XLIX — 17). Sont interdits au père les actes, *qui ad præsens alienationem alicujus rei de castrensi peculio præstant*. Au contraire le père peut faire les actes qui n'ont d'effet que dans l'avenir, actes qui vaudront si le fils est mort avant le père et lui laissant son pécule. Or le partage produit des effets immédiats. Il est donc réservé au fils seul, comme le dit le paragraphe 2 de la loi précitée: *Itaque negabimus patrem, filio salvo, communi dividundo agentem, proprietatem alienaturum, exemplo dotalis prædii*. De même que le mari ne peut seul provoquer le partage du fonds dotal, de même ici le père qui voudrait partager un bien indivis, devra avoir le consentement de son fils. Sinon le partage sera nul. Mais le père fera également un acte nul, continue le texte, si son co-propriétaire demande le partage contre lui. Il en sera de ce co-propriétaire, comme de celui qui agirait en partage contre un prodigue interdit. Le père diffère, dans le cas actuel, du mari en ce qu'il ne peut pas défendre à une action en partage, car le partage entraîne toujours une aliénation immédiate interdite au père de famille. Le jurisconsulte Mæcianus, auteur du texte, a seulement tort de le comparer au prodigue, car il confond une question de pouvoir avec une question de capacité. Le prodigue ne peut défendre au partage, parce qu'il est incapable, et le père, parce qu'il manque du pouvoir nécessaire.

Après avoir examiné les conditions générales d'exercice de l'action *familiæ erciscundæ* quant aux personnes, et avant d'en venir à l'étude des prélimi-

naires de l'action et de l'organisation de l'instance, il convient de voir si, en supposant remplies toutes les conditions déjà passées en revue, on ne pouvait faire cependant échec à la demande en partage formée par certains héritiers, et l'écarter, soit provisoirement, soit même définitivement. En un mot, je vais m'occuper maintenant des exceptions dilatoires ou péremptoires opposables à l'action *familiæ erciscundæ*, exceptions dont quelques-unes ont déjà été signalées. C'est ainsi que la question de co-propriété de l'hérédité, devait, en cas de contestation, être tranchée avant qu'on pût procéder au partage ; celui-ci suppose essentiellement la présence et le concours de cohéritiers véritables, et ses effets ne peuvent se trouver détruits après coup, si l'on s'aperçoit qu'on n'a eu affaire qu'à un héritier apparent, conséquence de l'autorité de la chose jugée qui sera examinée à propos de la rescision du partage. Suivant que le demandeur était ou non possesseur, c'était le juge de l'action *familiæ erciscundæ*, qui tranchait la question d'hérédité, ou elle devait faire l'objet d'une procédure spéciale. L'exception n'était d'ailleurs que dilatoire ; les autres sont au contraire péremptoires.

L'action en partage pouvait se trouver écartée, parce que les héritiers étaient convenus de rester dans l'indivision un certain temps. Une convention de ce genre était parfaitement valable, mais ses effets étaient cependant limités, ainsi que l'indiquent les lois 2 et 3 (D. X-3), relatives à l'action *communi dividundo*, mais qui peuvent s'appliquer, pour identité de motifs, à l'action *familiæ erciscundæ*.

Et d'abord, il était interdit de convenir d'une façon

générale et absolue de rester dans l'indivision : *Si conveniat ne omnino divisio fiat, hujusmodi pactum nullas vires habere, manifestissimum est*. Ce superlatif montre que le jurisconsulte parle ici d'une vérité évidente et de sens commun. En matière de société, la loi 70 (D. XVII-2) dit de même : *Nulla societatis in æternum coitio est*; et les Basiliques traduisent le texte latin par les mots : εἰ γὰρ συμφωνήσῃ τις, μὴ δύνασθαι διελέσθαι, εὖ χρᾶται. Est donc nulle la renonciation absolue au partage; le principe sur la cessation forcée de l'indivision est en effet d'ordre public. On se trouve ici en présence d'un des rares cas où, en matière pécuniaire, la volonté des particuliers ne fait pas loi (M. Gérardin à son cours). Il importe de ne pas sacrifier à des convenances contestables le repos de l'avenir. Le législateur ne doit sanctionner que les arrangements présentant un intérêt vraiment sérieux. Comme *in re communi nemo dominorum jure facere quidquam invito altero potest*, on ne pouvait permettre aux copropriétaires ou cohéritiers de se lier, les mains à l'égard de la chose commune, et d'en rendre perpétuellement l'usage incommode et inutile. Mais, en revanche, il peut être profitable de suspendre la faculté de partager pendant un certain temps. Cela est licite.

Dans beaucoup de cas, les besoins de l'exploitation de la chose commune, ainsi que les intérêts des co-propriétaires exigent que l'on ne soit pas, à tout instant, obligé de procéder au partage, parce que la fantaisie en prend à l'un des co-propriétaires. Aussi le texte cité continue-t-il par ces mots : *Sin autem intra certum tempus, quod etiam ipsius rei qualitati prodest, valet*. Quant au point de savoir pen-

dant combien de temps la suspension est licite, les Romains paraissent en faire une question de fait. Les jurisconsultes qui parlent de cette suspension n'avaient pas qualité pour fixer un terme, ce que peut seul le législateur, et Justinien n'a rien innové à cet égard. On a pensé cependant qu'il y avait peut-être un délai de seize ans, par analogie avec ce que l'on verra plus loin en cas d'indivision testamentaire, mais cela est purement hypothétique. Si l'on est encore dans le terme fixé, le propriétaire qui résistera au partage invoquera, à titre d'exception, la convention intervenue, et le juge statuera, et sur l'exception, et sur la validité de la convention, si celle-ci est contestée. Il décidera probablement d'après les principes de la *bona fides*, et en tenant compte surtout de la *qualitas ipsius rei*. L'équité est en effet la règle dominante en matière de partage. *Bona æquo jure dividi oportere explorati juris est*, dit la Constitution II (C. III. 36). La loi moderne, pour éviter les contestations, a préféré fixer un délai maximum de cinq ans pour les conventions d'indivision. Il est utile de remarquer, que, comme l'action en partage est de bonne foi, il n'y aura pas besoin de faire insérer dans la formule l'exception *pacti*, pour faire repousser la demande formée par certains cohéritiers, contrairement à la convention qu'ils avaient conclue. Cette convention avait ceci de remarquable que, par analogie avec l'obligation de consentir au partage, qu'elle avait pour but de suspendre, elle s'imposait même aux acquéreurs à titre particulier des contractants. C'est ce qu'indique la suite du texte cité, qui consacre en outre le droit, pour chaque héritier, de vendre sa part

nonobstant le pacte d'indivision : *Si inter socios convenisset, ne intra certum tempus societas dividere-tur, quin vendere liceat ei, qui tali conventione tenetur, non est dubium : quare emptor quoque communi dividundo agendo, eadem exceptione sum-movebitur, qua auctor ejus summo-veretur*. Le texte paraît supposer que, spécialement au moins quand il s'agissait d'un associé, on avait soutenu que la vente était impossible. Mais cette opinion ne l'avait pas emporté. Seulement la conséquence forcée de la possibilité de vendre était l'obligation, pour l'acquéreur, de respecter la convention signée par son vendeur. Cela est contraire, il est vrai, à la règle : *Res inter alios acta, aliis nec nocere nec prodesse potest* ; car l'acheteur est ici un *alius*, un ayant-cause à titre particulier, qui ne succède pas aux obligations de son auteur. Quoique cela soit exact en pur droit, les jurisconsultes ont su écarter ici les principes pour les besoins de la pratique. Il ne faut pas, en effet, qu'un cohéritier, après avoir fait une convention, puisse la neutraliser en aliénant sa part. L'acquéreur n'est d'ailleurs pas intéressant ; il a dû s'attendre à ce qu'on lui oppose la convention. Juridiquement on peut justifier la règle admise en disant que, par la convention, les associés ou cohéritiers ont grevé la chose commune d'une espèce de servitude, atténuant ou modifiant la servitude légale de partage qui pèse de droit commun sur elle. Le pacte n'affecte pas seulement les personnes des contractants ; il atteint au moins *jure præ-torio* la chose commune. Quand celle-ci passe pour partie à un nouvel acquéreur, celui-ci ne l'acquiert qu'avec la charge qui la grève.

La convention d'indivision, comme toute autre convention, n'a pas besoin d'être expresse. Elle peut n'être que tacite, s'induire de certaines circonstances. Les cohéritiers peuvent, par exemple, avoir procédé entre eux à un partage provisionnel pour un temps déterminé. Le juge pourra en conclure qu'ils ont voulu pendant le même temps suspendre le partage définitif.

La convention peut également n'être pas générale, ne pas comprendre toute la succession, mais s'appliquer seulement à certains biens. L'action en partage réussira alors, mais on ne pourra y comprendre les biens qu'on est convenu de garder indivis, et dont le partage s'opérera plus tard par l'action *communi dividundo*.

Quel sera maintenant l'effet du pacte d'indivision invoqué en justice? Un cohéritier, qui a demandé le partage en dépit de ce pacte, se trouve débouté de sa demande, sur la preuve faite qu'il y avait une convention de ne pas partager. On pourrait être tenté de dire alors, que celui qui a fait la demande a épuisé le droit qu'il avait. *Bis de eadem re non est actio*. Mais il ne faut pas appliquer cette maxime ici. Le droit d'agir en partage renaît en effet à tout instant du fait même de l'indivision.

Au lieu de résulter d'une convention librement formée, l'indivision peut-elle être imposée aux héritiers par le défunt? Celui-ci a-t-il le droit de stipuler que ses légataires resteront dans l'indivision pendant un délai modéré? C'est la question à laquelle répond Ulpien dans la loi 4 (pr.D. XXVIII-7). Plusieurs héritiers avaient été institués de la manière suivante : *Si socii una bonorum meorum*

permanserint usque ad annos sedecim, heredes sunt. Marcellus avait dit, en s'en tenant au sens littéral des mots, que l'institution était nulle. Il lui faisait l'objection suivante. On se trouve en présence d'un cercle vicieux. Le testateur a imposé à des légataires de rester associés, de constituer une société pour un temps déterminé. Or les héritiers ne peuvent être en société qu'après avoir accepté, car c'est la succession qu'ils apportent en société. D'autre part, ils ne peuvent accepter la succession, qu'après avoir accompli la condition qui leur est imposée, condition qui consiste précisément à former la société. Mais l'opinion de Marcellus ne triompha pas. Julien, suivi par Ulpien, fit remarquer que pour constituer une société, il n'est pas nécessaire d'avoir déjà ce qu'on doit y apporter. On peut parfaitement apporter une chose future. C'est ce qui arrivera ici. Les futurs héritiers conclurent d'abord une société devant durer le temps fixé par le testateur, leur apport consistant dans leur part héréditaire à venir, puis ils acceptèrent valablement la succession. On peut remarquer que l'obligation de rester dans l'indivision ne s'impose pas de plein droit aux légataires; elle constitue une condition mise à leur legs, et il est nécessaire qu'ils forment personnellement et volontairement une société pour réaliser cette condition. En France, on a également discuté sur la validité d'une clause d'indivision imposée dans un testament. Quelques interprètes, en présence de l'article 815 du Code civil, n'ont pas voulu l'admettre, une convention suspensive de partage pouvant être très dangereuse, quand elle a lieu entre personnes ne se connaissant pas, ce qui arrive souvent

pour des cohéritiers. En droit romain, on a encore invoqué un autre texte, pour permettre à un testateur d'imposer à des légataires l'obligation de ne pas procéder immédiatement à un partage. Ce texte est une constitution de Justinien (7. C. IV-51), qui autorise les testateurs à rendre leurs biens inaliénables par une clause spéciale, qui est reconnue valable. Le partage n'étant qu'une sorte d'aliénation, on peut donc l'interdire. Cette argumentation n'est pas absolument concluante, car le partage est une aliénation d'un genre particulier, et l'empereur ne l'avait certainement pas en vue en rédigeant sa Constitution.

La loi 14 (4, D. X-3) prévoit un autre cas, où l'action d'un cohéritier est repoussée à raison d'une convention qu'il aurait conclue: *Si paciscatur socius, ne partem suam petat, effectum tollitur societas*. Il faut supposer que l'un des héritiers, soit par bienveillance, soit pour tout autre motif, s'est engagé à ne pas réclamer sa part héréditaire. Il a renoncé ainsi à la succession et se voit repoussé par une exception, l'*exceptio pacti conventi* sans doute, lorsque, se ravisant, il veut réclamer le partage. Peut-être même, à raison du caractère de bonne foi de l'action, aucune exception n'avait-elle besoin d'être insérée dans la formule.

L'action *familiæ erciscundæ* pouvait également se trouver écartée, parce que les parties soutiennent qu'il n'y a pas indivision, par exemple, si le *de cujus* a légué des biens séparément à plusieurs héritiers *per vindicationem*, ou encore, comme on l'a vu, s'il laisse un héritier pour son pécule et un autre pour le surplus de ses biens. La même solution doit-elle être admise lorsque le défunt a fait à ses héritiers

des legs *per præceptionem*? Le légataire pourra-t-il réclamer son legs par l'action *familiæ erciscundæ*? Ou bien se verra-t-il repoussé, parce que l'indivision n'existe pas quant à ce legs? Cela dépend de l'opinion qu'on adoptera sur la nature et les effets du legs *per præceptionem*, question vivement controversée entre les écoles proculienne et sabinienne.

Les Sabinien, s'attachant au mot *præcipere*, disaient qu'un pareil legs suppose plusieurs institués, et doit être nécessairement fait à l'un d'eux. C'est un prélèvement sur la succession, qui ne peut avoir pour objet qu'une chose appartenant à l'hérédité *ex jure quiritium*, ou étant *in bonis*, et l'adjudication est indispensable pour faire obtenir au légataire, déjà propriétaire comme héritier d'une part dans le legs, les parts des autres cohéritiers. Par exception, on admettait le legs d'une chose aliénée *fiduciæ causa* à un créancier, le juge de l'action *familiæ erciscundæ* devant alors veiller à ce que chaque héritier dégage cette chose pour sa part. C'est ce que dit Gaïus (II-217) : *Sed nostri quidem præceptores nulli alii eo modo legari posse putant, nisi ei qui aliqua ex parte heres scriptus esset : præcipere enim esse præcipuum sumere ; quod tantum in ejus persona procedit, qui aliquæ ex parte heres institutus est, quod is extra portionem hereditatis præcipuum legatum habiturus sit*. La chose léguée était considérée comme indivise entre les héritiers, mais le legs engendrait au profit du bénéficiaire, à l'égard de ses cohéritiers, une obligation, que le juge de l'action *familiæ erciscundæ* était chargé de faire exécuter, comme le dit un peu plus loin Gaïus (II-219) : *Item nostri præceptores, quod ita legatum est,*

nulla alia ratione putant posse consequi eum cui ita fuerit legatum, quam iudicio familiæ eriscundæ:... officio enim iudicis id contineri ut, et quod per præceptionem legatum est, adjudicetur. Dans cette opinion, il n'y a évidemment pas à parler d'une exception pouvant faire obstacle à l'exercice de l'action en partage, lorsqu'il y a legs *per præceptionem* (Gaius, II-220).

Les Proculiens prenant *præcipere* pour un synonyme de *capere*, assimilent à peu près le legs *per præceptionem* au legs *per vindicationem*, et admettent qu'il soit fait à un étranger; il ne peut avoir alors pour objet qu'une chose dont le testateur était propriétaire quiritaire à sa mort, et il donne seulement lieu à la revendication. L'action *familiæ eriscundæ* n'était évidemment pas recevable, dans ce cas, de la part d'un étranger, et de la part d'un héritier, ne lui permettait d'obtenir que sa part héréditaire, la revendication lui étant accordée pour son legs, et les Romains n'admettant pas en général le concours de deux actions pour sanctionner un droit unique. C'est ce que dit Gaius, qui nous apprend en même temps, qu'Hadrien avait consacré la doctrine proculienne dans un rescrit: *Sed diversæ scholæ auctores putant etiam extraneo per præceptionem legari posse, proinde ac si ita scribatur: Titius hominem Stichum capito, supervacuo adjecta præsyllaba; ideoque per vindicationem eam rem legatam videri: quæ sententia dicitur divi Hadriani constitutione confirmata esse. Secundum hanc igitur opinionem, si ea res ex jure Quiritium defuncti fuerit, potest a legatario vindicari sive is unus ex heredibus sit, sive extraneus* (II, 221 et 222). Si

la chose léguée était *in bonis* seulement dans le patrimoine du défunt, et que le légataire fût un héritier, les Proculiens se rapprochaient des Sabinien et permettaient au légataire de réclamer son legs, avec sa part héréditaire, par l'action *familiæ erciscundæ*. A l'égard d'un étranger, le legs n'était pas non plus dénué d'effet, mais il ne pouvait donner ouverture à l'action *familiæ erciscundæ*. Celle-ci n'était donc possible que lorsqu'il s'agissait d'une chose *in bonis defuncti* léguée à un héritier. Dans tous les autres cas elle était repoussée par une exception. C'est, comme on l'a vu, cette opinion qui a triomphé, ce que démontre encore au besoin la constitution 12 (C. VI-37), où Gordien accorde à l'héritier, même renonçant, l'action en revendication.

L'action *familiæ erciscundæ*, ayant pour but la cessation de l'indivision, ne pouvait évidemment être intentée, lorsqu'il n'y avait plus d'indivision (C. 9, C. III-38). On a déjà vu cependant que, dans certains cas, pour le règlement des intérêts pécuniaires entre les cohéritiers, il y avait encore place à l'action utile. Au moins peut-on l'admettre par analogie avec l'action *communi dividundo*. C'est ce qui arrivait par exemple si les choses de l'hérédité avaient toutes péri.

Si l'action avait été intentée une première fois, on ne pouvait plus la réitérer, et cela, semble-t-il, même comme action utile. L'hérédité, en effet, n'existe plus, s'il subsiste encore des choses communes, ou s'il n'a pas été tenu compte de certaines créances personnelles, et ce n'est qu'à des héritiers et relativement à l'hérédité qu'est ouverte l'action *familiæ ercis-*

cundæ. La loi 20 (4 D. X-2) est d'ailleurs trop formelle en ce sens : *Familiæ erciscundæ judicium amplius quam semel agi non potest nisi causa cognita*. Les cohéritiers du reste n'ont rien à craindre pour leurs intérêts, car il leur reste l'action *communi dividundo*, avec laquelle ils seront certains d'arriver à liquider définitivement la succession. On ne peut pas prétendre sérieusement qu'ils seront lésés, puisque la procédure seule a changé, la question de fond restant intacte. La règle : *bis de eadem re agi non potest*, ne fait pas obstacle à l'action *communi dividundo*, parce que : d'une part, cette action n'a pas réellement le même objet que l'action *familiæ erciscundæ*, celle-ci s'appliquant à une *universitas*, et celle-là à des *res singulæ*; et d'autre part cette action ayant sa source dans l'indivision, renaît à chaque instant, tant que l'indivision persiste et qu'il reste quelque chose à partager.

On fait une objection à ce qui précède en s'appuyant sur la Constitution 1 de Sévère et Antonin (C. III-36) : *Si non omnem paternam hereditatem ex consensu dividisti, nec super ea re sententia dicta, vel transactio subsecuta est : judicio familiæ erciscundæ experiri potes*. Certains auteurs ont dit que l'action *familiæ erciscundæ* pouvait encore être exercée, lorsque l'indivision qui subsistait était la suite de l'indivision primitive, mais que, si cette indivision à l'égard de certaines choses héréditaires provenait d'un oubli, ou d'une convention des parties, on devait intenter l'action *communi dividundo*. C'était au magistrat à apprécier dans quel cas les cohéritiers se trouvaient, ce qu'indiqueraient les mots *nisi causa cognita* du texte du Digeste. Mais

cette opinion est inexacte, car la cause de l'indivision ne peut avoir aucune influence sur une action, en la faisant revivre contrairement à la règle qui défend d'intenter deux fois une action entre les mêmes personnes et pour la même chose. Si le partage a déjà été demandé pour l'hérédité, celle-ci a disparu, et ne peut être partagée à nouveau. En outre, les mots *causa cognita* ont une signification autre que celle que l'on prétend leur donner. Ils font allusion à la *restitutio in integrum*, prononcée par le magistrat dans des cas très exceptionnels, par exemple si tous les cohéritiers n'ont pas été compris au partage.

Voët a soutenu que le texte du Digeste serait relatif au partage judiciaire, alors que la constitution du Code concernerait le partage amiable, ce qu'expriment les mots : *ex consensu*. On a partagé seulement des objets de l'hérédité, celle-ci restant intacte en tant qu'universalité juridique. Cette opinion paraît la plus exacte, outre qu'elle présente l'avantage de ne pas forcer le sens des textes, mais au contraire de leur donner l'interprétation qui se présente le plus naturellement à l'esprit. Merlin a cependant objecté que les effets du partage amiable étaient en principe les mêmes que ceux du partage judiciaire, et faisaient dès lors disparaître l'hérédité. Quoique Cujas ait prétendu que le Code avait eu précisément pour objet de signaler une différence entre les partages amiable et judiciaire, le premier n'empêchant pas de réclamer le second, il paraît plus simple d'admettre avec Doneau que le premier partage fait amiablement était incomplet, que les cohéritiers avaient voulu seulement faire cesser l'indivision relativement à des *singulæ res*, ne comprenant pas *omnem*

hereditatem. Si au contraire les héritiers ont, amiablement ou à titre de transaction, partagé entre eux l'hérédité entière, dont tous les objets, sauf les oublis toujours possibles, ont été compris au partage ; ou bien s'ils ont déjà intenté une première fois l'action en partage, *familiæ erciscundæ*, c'est-à-dire si *sententia subsecuta est*, ils ne seront pas recevables à agir de nouveau par cette même action, pour compléter et rectifier ce qui aura déjà été fait. Au partage amiable de certaines choses héréditaires, il semble bien d'ailleurs qu'il y ait lieu d'ajouter, bien que le texte ne le mentionne pas, le partage de ces choses, résultant de l'exercice de l'action *communi dividundo*. L'essentiel est que l'universalité subsiste ; peu importe qu'elle se soit trouvée modifiée sur quelques points particuliers.

De ce qui précède, on peut induire une autre cause de cessation de l'indivision, et par suite une nouvelle exception à l'action *familiæ erciscundæ*, c'est le partage amiable de toute l'hérédité. Le partage amiable est du reste le mode normal de liquidation d'une succession, comme l'indique la loi 57 (D. X-2), qui permet et recommande même de renoncer à l'action judiciaire déjà intentée pour s'entendre à l'amiable : *Arbitrio quoque accepto, fratres communem hereditatem consensu dividentes, pietatis officio funguntur : quam revocari non oportet, licet arbiter sententiam jurgio perempto non dixerit, si non intercedat ætatis auxilium*. Je remarque seulement qu'il ne suffit pas d'une convention de partage amiable, car il n'y a là qu'un pacte dépourvu à l'origine de tout effet juridique. Il faut que ce pacte ait été transformé en contrat par des stipulations, ou en-

core mieux exécuté. L'exécution partielle par l'un des contractants a même suffi, à partir d'une certaine époque, et permis de réclamer l'exécution intégrale du pacte au moyen de l'action *præscriptis verbis*. L'action *familiæ erciscundæ* était en tous cas écartée. Elle n'était admissible que si les parties s'étaient bornées à un simple *pactum nudum*; ce pacte n'engendrait pas d'action ni même d'exception suffisante pour empêcher le partage. Seulement le juge pouvait se conformer pour ses adjudications et condamnations à ce qui avait été convenu et donner ainsi effet au pacte : *Si vero placitum divisionis usque ad pactum stetit, arbiter familiæ erciscundæ iudicio vobis datus, communionem inter vos finiri providebit.*

Reste à examiner une dernière question, celle de l'influence du temps sur l'action en partage, question encore controversée de nos jours et sur laquelle les interprètes sont loin d'avoir pu se mettre d'accord.

L'action en partage est-elle prescriptible ? En supposant que l'indivision ait duré plus de trente ans, le droit de la faire cesser se trouve-t-il éteint ou paralysé ? La prescription, grande puissance qui couvre tout, couvre-t-elle également l'indivision ? Cette question ne peut se poser qu'assez tard à Rome. Jusqu'à Théodose le Jeune, en effet, les actions étaient perpétuelles dans le sens littéral du mot. Le temps n'avait pas seul la force d'éteindre l'action que l'on n'avait pas exercée, et cette règle s'appliquait à l'exercice *familiæ erciscundæ*, comme à toute autre action. Mais Théodose le Jeune a introduit dans la législation la prescription trentenaire, et cela notamment pour les actions personnelles,

auxquelles dans l'opinion commune il faut assimiler l'action en partage, qui sert de sanction à un droit de créance. A partir de cette époque, le créancier, qui sera resté trente ans sans demander à son débiteur l'exécution de son obligation, aura perdu son droit d'action, ou tout au moins verra ce droit paralysé par une exception péremptoire. C'est là d'ailleurs une règle salubre, qui rend au débiteur sa tranquillité après un certain délai, et rétablit l'état normal des choses (C. 3. C. VII-39). Pourquoi le droit de demander le partage ne tomberait-il pas sous le coup de la règle commune? Deux cohéritiers pendant plus de trente ans ont, par un accord peut-être tacite, maintenu entre eux l'indivision, cultivant à frais communs les choses indivises et partageant les fruits. Pourquoi ne seraient-ils pas dans l'indivision forcément? Il semble qu'ils ont perdu le droit de demander le partage, en ne l'exerçant pas, comme cela a lieu pour les autres actions qui peuvent leur compéter. C'est ce qui a été et est encore soutenu par certains interprètes. Cependant la majorité des auteurs doute de l'exactitude de cette conclusion et prétend que le partage peut encore, peut toujours être réclamé. On invoque, il est vrai, en sens contraire une Constitution de Justinien (I-1 C. VII-40): *Jubemus omnes personales actiones, quas verbosa quorundam interpretatio extendere extra metas triginta annorum conabatur, triginta annorum spatiis concludi : nisi legitimus modus, qui et veteribus et nostris legibus enumeratus est, interruptionem temporis introduxerit, sola hypothecaria actione quadraginta annorum utente curriculis. Nemo itaque audeat, neque actionis familiæ ercis-*

cundæ, neque communi dividundo, neque finium regundorum, neque pro socio, neque furti, neque vi bonorum raptorum, neque alterius cujuscumque personalis actionis vitam longiorem esse triginta annis interpretari : sed ex quo ab initio competit, et semel nata est, et non iteratis fabulis sæpe recreata, quomododum in furti actione dicebatur, post memoratum tempus finiri. D'après ce texte pris à la lettre, la prescription courrait du jour de la naissance de l'indivision, à moins qu'il n'y ait eu une convention suspensive.

On ne peut admettre une pareille opinion. La prolongation de l'indivision ne doit pas entraîner l'extinction de l'action en partage, amener à sa suite la perpétuité d'une situation, qui ne pourrait désormais cesser que par un accord unanime. C'est un principe d'ordre public, que nul n'est forcé de demeurer dans l'indivision. La prescription ne peut rien contre un tel principe. Elle irait d'ailleurs contre son but, qui est de faire cesser les procès, car l'indivision est fertile en discussions et en litiges. La vérité est que, tant que dure la *communio*, l'action en partage est imprescriptible. L'obligation de subir le partage résulte d'un certain état, plutôt que d'un lien conventionnel entre les parties. Tant que dure cet état, le droit de le faire cesser renaît à chaque instant. Il n'y a pas plus de prescription possible ici, qu'il n'y en a contre les délits d'habitude. Mais s'il en est ainsi, que peut avoir voulu dire Justinien ? Il existe, de ses paroles, deux interprétations, toutes deux admissibles jusqu'à un certain point, et ne se contredisant pas (M. Gérardin à son cours).

1^o Les cohéritiers peuvent être créanciers les uns des autres, non seulement du droit de demander le partage, mais aussi de prestations nées de l'indivision. Un des co-propriétaires a fait des dépenses nécessaires sur la chose commune, en a retiré un bénéfice, ou lui a causé quelque dommage. De là des créances entre les co-propriétaires, créances ordinaires, mais réglées par l'action *familiæ erciscundæ*. Ce sont ces créances seules, qui se prescrivent par trente ans, du jour où elles ont pris naissance. Il n'y a rien d'anti-juridique à ce qu'une action, ayant plusieurs objets, se prescrive pour l'un seulement de ces objets.

2^o La seconde explication se fonde sur les effets de la prescription trentenaire des actions réelles. Théodose le Jeune a, en effet, soumis à la prescription, même les actions réelles, comme la revendication. Seulement la prescription diffère de celle d'une action personnelle. Pour cette dernière, la prescription résulte de l'inaction seule du créancier. Au contraire, à Rome, comme de nos jours, l'inaction du propriétaire d'un bien, quelque prolongée qu'elle soit, ne suffit pas, à elle seule, pour lui enlever son action en revendication. Le droit de propriété ne se perd pas, comme le droit de créance, par le non-usage, *non utendo tantum*. Il faut quelque chose de plus. Il est nécessaire qu'un autre possède le bien dont je suis propriétaire, pour que la question de revendication puisse se poser. Si je suis resté plus de trente ans sans intenter contre le possesseur d'action en revendication, cela même ne suffit pas encore pour la prescription. Il faut en outre que le possesseur ait possédé pendant trente ans continus.

Il n'a pas pour cela acquis dans tous les cas la propriété; car, à Rome, un juste titre et la bonne foi sont exigés pour cette acquisition. Seulement le possesseur, au bout de trente ans, aura une exception dont il pourra user; je suis en droit resté propriétaire, mais je succomberai néanmoins dans mon action en revendication, qui se trouve prescrite. Je n'ai plus d'action, je puis seulement en recouvrer une; si, par exemple, le possesseur est expulsé par un autre, je pourrai revendiquer contre ce nouveau possesseur, car il a moins de trente ans de possession, et ne peut se prévaloir de celle de son prédécesseur, n'étant lui-même qu'un usurpateur. Pour la prescription de l'action en revendication, il faut donc, outre le non-usage, une possession continue de trente ans, chez celui qui se trouve attaqué.

Supposons qu'un seul héritier ait possédé la succession pendant trente ans *animo domini*. Il a agi comme s'il était seul propriétaire. L'indivision n'a pourtant pas cessé en droit, car il faudrait pour cela que l'héritier en question ait eu un juste titre et la bonne foi, et ait acquis alors, par la prescription acquisitive, la part de propriété des autres. C'est ce qui n'a évidemment pas eu lieu. Et cependant, l'action en partage ne pourra plus être intentée contre le cohéritier. Elle se trouve indirectement prescrite par le fait de la possession exclusive de cet héritier. Tel est le système d'interprétation que l'on propose pour le texte de Justinien, système très raisonnable d'ailleurs. Sans doute le cohéritier reste en droit un simple cohéritier; mais en fait, il est comme s'il était héritier unique. L'oubli se fera peu à peu sur l'indivision, exactement comme quand l'on met en

présence un propriétaire, et un possesseur de mauvaise foi, qui ne peut acquérir par prescription, mais peut repousser une action en revendication.

On peut supposer aussi une autre situation également vraisemblable. Chaque cohéritier a usé divisément de certaines choses héréditaires pendant plus de trente ans. Ce sera souvent la conséquence d'un partage de fait et de jouissance. Au bout de trente ans, on présumera que ces cohéritiers ont voulu faire entre eux le partage des choses héréditaires en divisant leur jouissance. L'action en partage ne sera plus dès lors possible. La prescription se sera bornée à élever entre les cohéritiers une fin de non-recevoir à l'action en partage, sans déplacer le droit de propriété. Aujourd'hui la situation est beaucoup plus simple, car la possession trentenaire est, à elle seule, un mode d'acquisition de la propriété. Un commentateur, Voët, a bien essayé de soutenir que la même règle était applicable en droit romain. L'indivision cesserait alors de plein droit au bout de trente ans, chaque héritier devenant propriétaire des choses qu'il a possédées. Il y aurait usucapion et non plus seulement prescription, l'usucapion étant justifiée, parce qu'elle évite les procès : *Usucapio rerum etiam ex aliis causis concessa, interim propter ea, quæ nostra existimantes possideremus, constituta est, ut aliquis litium finis esset* (Com. N° 33). Mais la théorie de Voët n'est pas confirmée par les textes, qui parlent seulement de l'extinction de l'action en partage, mais pas d'une acquisition de propriété.

Après avoir vu entre quelles personnes avait lieu l'action en partage, dans quels cas elle pouvait être

repoussée, il reste à examiner dans quelles conditions elle s'engageait, en supposant qu'il y avait lieu de l'exercer.

En se plaçant à l'époque de la procédure formulaire, l'héritier ou les héritiers, qui voulaient obtenir le partage, s'adressaient au magistrat pour en obtenir une formule. Seulement il se présentait ici diverses particularités, tenant au caractère double de l'action.

Quoiqu'une seule personne pût réclamer le partage, pour que le procès pût s'engager et être organisé, chaque partie devait y jouer le rôle de demandeur et de défendeur. De là plusieurs conséquences qu'il est nécessaire de signaler.

Les Romains, qui aimaient peu les procès, cherchaient à les éviter à tout prix ; ils ont organisé pour cela des moyens répressifs, les peines des plaideurs téméraires, et des moyens préventifs. Le plaideur téméraire est celui qui échouait dans sa prétention. Il pouvait être considéré et puni comme tel, même s'il avait plaidé de bonne foi. Le fait seul d'avoir succombé, le condamnait. Comme moyens préventifs, il faut citer le *jusjurandum calumniæ*, ou serment imposé aux plaideurs avant d'agir. Il y a deux serments de cette espèce, le premier qui est prêté par le demandeur, qui jure *se non calumniæ causa litem intendere*, et le second est prêté par le défendeur, qui jure *se non calumniæ causa ad inficias ire*. L'esprit de chicane ne doit animer, ni l'une ni l'autre des parties. La loi 44 (4. D. X-2) nous apprend que, chaque cohéritier étant à la fois demandeur et défendeur, doit prêter le double serment *de calumnia*. Ce serment à l'origine n'était que facultatif, et devait être réclamé par chaque par-

tie à l'encontre de son adversaire. Justinien, qui a adouci ou aboli plusieurs des moyens répressifs, a rendu le serment obligatoire, bien qu'en général les moyens préventifs soient peu efficaces en matière de procès. Le demandeur, qui refusait de prêter le serment, ne pouvait poursuivre son instance, et le défendeur, qui refusait également de jurer, s'exposait à être condamné comme *indefensus*. Si le serment était prêté, et que la partie qui avait juré fût condamnée, on ne connaît pas au juste la conséquence, qui en résultait pour elle. On peut supposer, qu'au moins à l'origine, elle était frappée de peines religieuses et de la *nota censoris*.

Il se peut que l'une des parties, ou toutes deux, en supposant seulement deux cohéritiers, ne puissent ou ne veulent plaider en personne. Elles seront alors non pas représentées, ce qui est interdit pour les procès, comme pour les actes juridiques, mais remplacées par des mandataires. Seulement, à Rome, celui qui remplace un plaideur dans un procès doit donner des *satisfactiones*.

Prenons d'abord un mandataire conventionnel, *cognitor* ou *procurator*. Originellement ces deux espèces de mandataires étaient distinctes, mais, insensiblement, elles se sont rapprochées, et le *cognitor* a fini par disparaître. On n'a plus fait de distinction, qu'entre le *procurator*, dont les pouvoirs étaient certains, et le mandataire, qui n'a pas de procuration en règle, dont le pouvoir laisse place au doute. Ces deux catégories de mandataires pouvaient se rencontrer dans l'action en partage. C'est de la deuxième catégorie, de celle du *procurator incertus*, dont parle Ulpien dans la loi 15 (1, D. III-3) : *Qui*

ad communi dividundo judicium datus est ad agendum, item et ad defendendum videbitur datus duplici cautela interponenda. Le Codé indique (C. 1, C. II-57) ce qu'il faut entendre par la double caution; il s'agit : 1^o de la *cautio de rato*; 2^o de la *cautio judicatum solvi*. La première caution est une promesse verbale, faite par le demandeur au défendeur. C'est ce dernier qui stipule, et qui devient créancier éventuel du préjudice qu'il est exposé à subir, par suite de la réitération de l'action par le véritable intéressé. C'est comme mandataire donné *ad agendum*, que le demandeur devra la caution précédente. Il la devra, parce qu'il n'épuise pas le droit de son mandant, et que l'adversaire peut encore être poursuivi par celui-ci. Comme, dans le partage, *uterque est actor et reus*, le *procurator incertus*, qui remplace l'un quelconque des co-partageants, que ce soit lui, ou un autre, qui ait en réalité intenté l'action, devra, le cas échéant, la *cautio de rato*. La *cautio judicatum solvi*, au contraire, est donnée par le défendeur. C'est le demandeur, qui stipule, qui devient créancier. Le défendeur lui garantit qu'il restera dans l'instance jusqu'au bout, qu'il exécutera la condamnation, qu'il n'a commis, ni ne commettra de dol pendant le procès. Pendant que, dans les actions *in rem* cette caution était due par tout défendeur plaidant *suo aut alieno nomine*, dans les actions personnelles comme dans l'action *familiæ eriscundæ*, elle était due seulement par les mandataires plaidant *alieno nomine*. Mais, à la différence de la *cautio de rato*, elle était due même par le *procurator certus*. Dans l'action en partage, par conséquent, le *procurator* de l'un quelconque des copartageants

devra, outre la *cautio de rato* dans certains cas, la *cautio judicatum solvi* (Gaius, Comm. IV, 96 à 100). Si nous prenons maintenant, au lieu d'un mandataire conventionnel, des mandataires légaux, comme les tuteurs et curateurs, Gaius nous apprend, qu'à l'origine, ils devaient, eux aussi, la *cautio de rato*, et cela s'appliquait sans doute à l'action en partage. Mais, peu à peu, on dispensa ces mandataires de la caution, considérant sans doute que leur qualité était indéniable, et que la chose jugée contre eux l'était également contre l'incapable. A l'égard de la *cautio judicatum solvi*, il est probable qu'ils la devaient dans le droit classique, mais plus tard ils en furent aussi dispensés.

Du caractère double des actions en partage, on pourrait être tenté de tirer cette conséquence, que peu importe, qui a le premier intenté l'action, sa situation étant la même que celle des autres parties qui se transforment, en effet, comme lui, en demandereses. Mais cette conclusion serait inexacte, au moins d'une manière générale, comme le prouve le soin que mettaient les Romains, à distinguer le demandeur véritable, de ceux qui n'ont fait en réalité que défendre, et que les besoins de la procédure seuls obligent à se porter demandeurs. *In tribus istis duplicibus judiciis... quaeritur, quis actor intelligatur? quia par causa omnium videtur. Sed magis placuit eum videri actorem, qui ad iudicium provocavit* (L. 2-1. D. X-3). Si, en fait, il y avait plusieurs demandeurs, ou qu'on ne pût distinguer quel était le véritable demandeur, on tirait au sort, pour connaître celui qui devait être considéré comme tel. *Sed cum ambo ad iudicium provocant, sorte res*

discerni solet (L. 14 D. V-1). Il y avait intérêt à savoir, qui était demandeur, pour fixer l'ordre des plaidoieries, et déterminer celui qui devait prendre le premier la parole, et c'est probablement dans ce but seul que l'on tirait au sort. Mais la distinction du demandeur et du défendeur présentait d'autres intérêts plus importants. On a déjà vu, que certaines personnes pouvaient défendre au partage, mais non le demander, comme les tuteurs, les curateurs et les maris. La loi 13 (17 D. XIX-1) prévoit le cas de vente, par un co-propriétaire, de sa part avant le partage. Si le vendeur subit le partage, il se trouvera libéré envers son acheteur, en lui cédant ce qui lui aura été attribué par le partage, car il n'est pas en faute, et l'acheteur ne peut se plaindre, puisqu'il est dans la même situation, que si le partage avait eu lieu avec lui. La décision ne serait pas la même, si le vendeur avait été demandeur, au lieu d'être défendeur. Ce texte, quoique ne parlant que de l'action *communi dividundo*, paraît devoir s'appliquer également à l'action *familiæ erciscundæ*, en cas de vente d'une part de l'hérédité, vente convenue, mais non consommée. On cite quelquefois aussi la loi 7 (13 D. X-3), qui suppose un droit de gage constitué par un co-propriétaire sur sa part indivise, et l'intervention au partage du créancier, qui devient attributaire de toute la chose. Si le créancier a provoqué le partage, le débiteur pourra lui reprendre le gage, en le remboursant, sans qu'il puisse se plaindre. S'il a au contraire été défendeur, il pourra exiger qu'on lui reprenne la chose entière. Mais ce texte paraît spécial à l'action *communi dividundo*, la *res* donnée en gage se trouvant distraite de l'hérédité, et par consé-

quent non comprise dans l'action *familiæ erciscundæ*. Au contraire, le fragment suivant d'Ulpien s'applique à cette dernière action : *In communi igitur re eleganter ait interesse utrum tu provocasti communi dividundo judicio, an provocatus es : ut si provocasti communi dividundo judicio, amiseris conductionem : si provocatus es, retineas* (L. 12. 1 D. XII-1). Il s'agit d'une chose commune qui a été volée par l'un des co-propriétaires, ou l'un des cohéritiers, au préjudice des autres. Ce co-propriétaire coupable de *furtum* se trouve passible : 1^o d'une peine au profit des victimes; 2^o d'une indemnité vis-à-vis des mêmes personnes, indemnité qui peut être poursuivie par la *condictio furtiva*, ou par l'action en partage. Ces deux dernières actions ne se cumulent pas, car elles poursuivent toutes deux le même but, la réparation du préjudice.

L'une d'elles ayant été exercée, l'autre disparaîtra, faute d'intérêt, à moins qu'elle ne soit plus avantageuse, auquel cas elle subsistera pour l'excédent. La victime du vol a donc à choisir entre deux actions. Si, spontanément, elle intente l'action *familiæ erciscundæ*, demande le partage et obtient la réparation du préjudice souffert, elle est présumée avoir renoncé à la *condictio*, même pour ce qu'elle pouvait avoir de plus avantageux. Au contraire la victime a attendu, a été provoquée au partage, et l'a subi. Elle a peut-être demandé réparation de son préjudice, conformément au droit qu'elle avait; elle s'aperçoit après coup qu'avec la *condictio*, elle eût obtenu davantage. Elle pourra encore intenter cette *condictio* pour l'excédent, car l'action *familiæ erciscundæ* n'était pas un acte de sa libre initiative.

On a tiré, ou cherché à tirer, une autre conséquence du caractère double de l'action en partage, relativement à la formule de celle-ci, dont je vais actuellement m'occuper. Les parties sont devant le magistrat, qui doit organiser le *judicium*. Il y a un ou plusieurs demandeurs effectifs, mais les autres parties n'en doivent pas moins intervenir dans l'action comme demanderesses. Or c'est le demandeur qui demande et obtient la formule ; comme tout le monde est demandeur, tout le monde devra obtenir la délivrance d'une formule. Il n'y aura donc pas une formule unique, ainsi que cela a ordinairement lieu, mais le magistrat délivrera autant de formules que de plaideurs, en prenant seulement la précaution de mettre en tête le même nom de *judex* ou *arbiter*, car l'action reste forcément une. C'est là une conjecture admise par beaucoup de commentateurs, défendue par M. Accarias, et qui, si elle est fondée, contribue à augmenter l'originalité de l'action *familiæ exerciscundæ*. Les arguments les plus forts, à l'appui de cette conjecture ingénieuse, se tirent de l'esprit général du droit romain, et d'un texte de Gaïus.

1° Les Romains, dans leur législation, avaient poussé très loin l'esprit d'analyse, et cherché à simplifier autant que possible les contrats, en les décomposant en plusieurs éléments. Les actes les plus anciens sont essentiellement simples. Ainsi la stipulation est un acte unilatéral, tout en servant à rendre obligatoires les conventions synallagmatiques, qui sont de beaucoup les plus fréquentes. Pour une convention de cette nature, pour un partage notamment, on faisait deux stipulations qui, quoique liées dans la pensée des parties, étaient indépendantes en droit.

Dans les actes judiciaires, on retrouve le même désir de simplification. C'est pour cela, sans doute, qu'on n'admettait pas à l'origine la compensation. Longtemps le défendeur a dû intenter une action spéciale, pour obtenir ce qu'il réclamait. Il faut convenir qu'avec la rédaction de plusieurs formules, l'action en partage se trouve beaucoup simplifiée, et a un caractère de symétrie, qui semble commandé par sa nature mixte.

2° Dans le paragraphe 42 de son quatrième commentaire, Gaius définit l'adjudication ou partie de la formule, qui permet de prononcer l'adjudication de la manière suivante : *Adjudicatio est ea pars formulæ, qua permittitur judici rem alicui ex litigatoribus adjudicare : velut si inter coheredes familiæ eriscundæ agatur...* ; *nam illic ita est : quantum adjudicari oportet, judex Titio adjudicato*. Le texte ne cite qu'un nom dans la formule, celui de Titius. Le juge doit cependant être autorisé à prononcer des adjudications au profit de chaque plaideur. Si la formule ne mentionne qu'un nom, c'est que chaque plaideur a obtenu une formule distincte, autorisant l'adjudication à son profit. Cette conclusion est certainement fondée, en apparence, mais le texte nous est-il parvenu tel qu'il a été rédigé ? Le manuscrit de Vérone est sans doute authentique, mais c'est peut-être par suite d'une erreur de copiste, qu'il ne porte qu'un nom. Les noms fictifs des plaideurs dans les formules sont toujours Aulus Agerius et Numerius Negidius. Pourquoi y a-t-il ici Titius ? Il est difficile de se l'expliquer. Les anciens abrégeaient beaucoup en écrivant. Il est vraisemblable que, dans le manuscrit original, il y avait, non pas Titius, mais seule-

ment deux T, représentant en abrégé *tantum* pendant de *quantum*. Le copiste aura lu probablement Titius pour les deux T (M. Gérardin à son cours). Si cette hypothèse, fort naturelle du reste, est vraie, elle fait tomber un des arguments les plus considérables en faveur de la conjecture sur la pluralité des formules. On peut citer en outre comme objection à cette conjecture un fragment du Digeste (I, D. XI-2) : *Si inter plures familiæ erciscundæ agatur, et inter eosdem communi dividundo aut finium regundorum, eundem iudicem sumendum. Præterea quo facilius coire coheredes vel socii possint, in eundem locum omnium præsentiam fieri oportet*. Ce texte montre que l'on doit renvoyer devant le même juge pour connexité les deux instances *familiæ erciscundæ* et *communi dividundo*, quand elles sont cumulativement engagées entre les mêmes personnes. Mais il ne parle pas de l'hypothèse actuelle, c'est-à-dire d'une des actions intentée seule, ce qui est, de beaucoup, le cas le plus fréquent. C'est donc que la question ne se posait même pas, puisqu'il n'y avait qu'une formule, et qu'un procès.

Quoiqu'il en soit, la solution de la question précédente influe beaucoup sur la rédaction de la formule. Avec plusieurs formules, la rédaction sera simple, comme pour les actions ordinaires : *Quod hereditas illius Titio cum Seio communis est, qua de re agitur, quantum adjudicari oportet, iudex Titio adjudicato, quidquid paret ob eam rem Seium Titio dare facere præstare oportere ex fide bona, iudex Seium Titio condemnato, si non paret absolvito*. Mais la majorité des commentateurs repoussent cette manière de voir, et préfèrent l'unité

de formule. Seulement il faut faire subir alors à l'*intentio*, à la *condemnatio* et à l'*adjudicatio* beaucoup de modifications, de manière à les rendre indépendantes de la personne du demandeur et du défendeur, et à leur donner le caractère double, que possède l'action. Voici à quel type de formule l'on est généralement arrivé : *Familiæ erciscundæ judex esto. Quod hereditas illius illi cum illo communis est, quam ob rem familiæ erciscundæ arbitrium sibi dari postulaverunt, quantum paret ex ea hereditate alteri ab altero aut Titio adjudicari oportere, tantum judex alteri ab altero aut Titio adjudicato, quodque ob eam rem, alterum altero dare facere præstare oportet ex fide bona ejus, judex alteri alterum condemnato, si non paret absolvito* (Jousse-randot, *Edit perpétuel* II. p. 238.—Buonamici. *Storia della procedura*. I, p. 172). Les mots *aut Titio* de l'adjudication ne sont nécessaires, que si l'on admet l'authenticité du texte de Gaius. Si celui-ci est apocryphe, on peut les supprimer, ce qui a l'avantage de rendre l'adjudication semblable à la condamnation, et de laisser intacte son apparence bilatérale.

L'unité de formule a encore le mérite d'expliquer une particularité des actions en partage, leur caractère de *judicium duplex*, la possibilité d'absoudre et de condamner chaque partie. Avec la pluralité des formules, la dérogation aux principes généraux sur les actions n'apparaît pas, ou plutôt, elle ne consiste que dans cette même pluralité, mais le caractère double de l'action n'est pas expliqué. Il l'est, au contraire, avec une seule formule, qui montre nettement que chaque partie est à la fois demanderesse et défenderesse, qu'on peut lui faire des adjudications, la condamner ou l'absoudre.

CHAPITRE TROISIÈME

MASSE A PARTAGER.

Après avoir examiné les conditions générales d'exercice de l'action *familiæ erciscundæ*, et les règles relatives à l'introduction de l'instance, et à la délivrance de la formule, après avoir vu que cette action avait pour objet de partager l'hérédité, il est nécessaire de déterminer ce que comprenait l'hérédité, et d'étudier la composition de la masse à partager. Cette composition constituait en effet le premier devoir, le premier soin du juge chargé d'opérer le partage.

La masse ne comprenait pas toute l'hérédité. Celle-ci sans doute *venibat in judicium* toute entière, mais certains biens pouvaient se trouver exclus du partage proprement dit, pour des raisons diverses, ou encore être l'objet de prélèvements au profit des cohéritiers. Ils conviendra donc de passer successivement en revue, les biens qui composaient la masse, ceux auxquels ne s'appliquait pas le partage, et ceux que les cohéritiers pouvaient prélever.

Dans la masse on pouvait comprendre, non-seulement les biens d'une hérédité, mais encore ceux d'une autre succession, se trouvant indivise entre les mêmes personnes. Il fallait, bien entendu, qu'une seule action ait été intentée, relativement à ces successions. Mais une fois l'action engagée, la diversité d'origines disparaissait, et on formait du tout

une seule masse (L. 25-3 et 4. D. X-2). Gordien dans une Constitution (8-C. III-36) montre que des enfants avaient le droit, de ne faire aucune distinction entre les biens provenant des successions de leurs père et mère : *Bona quaecumque tibi sunt communia cum fratre tuo, ex hereditaria successione patris, vel matris, cum eodem familiæ erciscundæ iudicio experiens, ut dividantur, impetrabis*. Il n'y avait d'ailleurs là qu'une faculté pour les cohéritiers (L. 25-5. D. X-2).

Entraient dans la masse tous les biens, qui ont passé du défunt à des héritiers, qu'il les possédât en vertu du droit civil ou du droit prétorien, même sans en être propriétaire, s'il était de bonne foi, ainsi que les biens, sur lesquels il n'avait qu'un droit de superficie, d'emphytéose, ou qui constituaient des *vectigalia* (L. 10. D. X-2). Le défunt n'était pas le véritable propriétaire de ces derniers biens, mais ses droits sur eux étaient si étendus, qu'en fait, ils ressemblaient à ceux d'un propriétaire. Il n'y eût de difficulté à cet égard que pour les *vectigalia*, biens appartenant au peuple romain, et pour lesquels on payait une redevance. On interdisait en effet au concessionnaire, de diviser ces biens, afin de ne pas entraver le paiement de la redevance. Mais cette difficulté pouvait être levée, en adjugeant le fonds à l'un des héritiers, qui sera personnellement condamné à payer à l'autre la valeur de sa portion, ainsi que l'indique le fragment suivant, relatif à l'action *communi dividundo* : *Vectigalis ager an regionibus dividi possit, videndum? Magis autem debet iudex abstinere hujusmodi divisione : alioquin præstatio vectigalis confundetur* (L. 7-D. X-3).

Le juge, comme on le voit, avait une certaine latitude d'appréciation, et devait, dans certains cas, pouvoir partager l'*ager vectigalis* en plusieurs parties, du moment où cela ne nuisait pas au service de la redevance.

On comprenait aussi dans la masse, des choses que le *de cuius* n'avait jamais eues personnellement, mais qui étaient venues s'adjoindre à sa succession depuis son décès, par exemple, par la réalisation d'une condition. On y comprenait également les choses au pouvoir de l'ennemi, car elles pouvaient rentrer un jour dans la succession. On les adjugeait à un des héritiers, soit pour leur valeur réelle, avec garantie d'indemnité, si l'espoir du *postliminium* ne se réalisait pas, soit pour la valeur aléatoire actuelle pouvant résulter de cet espoir, auquel cas aucune garantie n'était due. *Propter spem postliminii, scilicet cum cautione, quia possunt non reverti; nisi si tantum æstimatus sit dubius eventus* (L. 23, D. X-2). Il semble que, par analogie avec les choses au pouvoir de l'ennemi, on devait comprendre dans la succession, tout ce qui en dépendait sans condition suspensive.

Un doute s'est élevé au sujet des biens appartenant à l'hérédité sous condition résolutoire, au moins pour ceux qui avaient été légués sous une telle condition. C'est ce qu'indique un texte d'Ulpien (L. 12-2, D. X-2) : *Res, quæ sub conditione legata est, interim heredum est, et ideo venit in familiæ exciscundæ iudicium, et adjudicari potest, cum sua scilicet causa, ut existente conditione, eximatur ab eo cui adjudicata est, aut deficiente conditione ad eos revertatur, a quibus relicta est: idem et in sta-*

tulibero dicitur; qui interim est heredum, existente autem conditione, ad libertatem perveniat.

Lorsqu'il s'agissait d'un legs *per vindicationem*, les Proculiens avaient enseigné, que la chose léguée sous condition était provisoirement *res nullius*, et ne pouvait par conséquent être comprise dans l'action *familiæ erciscundæ*. Si la condition ne se réalisait pas, on la partageait par l'action *communi dividundo*, à moins que l'hérédité n'ait pas encore été partagée. Les Sabinien, dont l'opinion a prévalu, soutenaient avec raison que, provisoirement, la chose léguée appartenait à la succession et devait être partagée avec elle. La règle était la même pour l'esclave *statuliber* (Ulp. Reg. II-2).

On comprenait aussi dans la masse le pécule profectice des fils de famille, à la différence des autres péculs qui pouvaient, dans certains cas, constituer des espèces de patrimoines distincts, les animaux même sauvages, quoique non enfermés, tant qu'ils n'ont pas perdu l'habitude de revenir, comme les pigeons, les abeilles (L. 8-1. D. X-2), les animaux domestiques enlevés par une bête féroce, s'ils peuvent parvenir à lui échapper, car ces animaux ne cessent d'appartenir à leur maître que lorsqu'ils ont été entièrement dévorés, les fonds dans lesquels se trouve un lieu religieux, mais non ce lieu religieux lui-même, ainsi que le déclare Herennius Modestinus (L. 30-D. X-3): «*Sed religiosa loca in iudicium non deduci, eorumque jus singulis heredibus in solidum competere*».

L'argent entre dans le partage comme toute autre chose, et en particulier celui que l'héritier nommé administrateur a entre ses mains pour le compte du

défunt, ce qui s'applique également à l'esclave auquel on a donné la liberté en l'instituant, et qui doit rendre compte des sommes provenant de la gestion des biens du défunt, que ce dernier peut lui avoir confiée. Il n'y a point cependant d'action proprement dite contre cet esclave, après son affranchissement, pour ce qu'il devait étant esclave, car c'est une *res domini* et non une dette qu'on lui réclame.

L'action comprend aussi, non seulement les biens corporels, mais encore les droits qu'avait le défunt, par exemple les choses qu'il possédait ou détenait par suite d'un gage ou d'un commodat (L. 29. D. X-2), les droits d'usage et d'usufruit, et les choses litigieuses. L'usufruit cessant par le décès devait rarement faire partie de l'hérédité; néanmoins cela pouvait se présenter dans deux cas: *si deducto usufructu, fundus fuit ab heredibus legatus* (L. 14-1 D. X-2), *vel si servo hereditario ususfructus legatus sit* (L. 15-D. h. t.). On a douté de la possibilité de partager l'usufruit, parce que le juge doit ôter à l'un pour adjuger à l'autre et réciproquement, ce qui ne semble pas être praticable à l'égard d'un usufruit: *nec enim a personis discedere sine interitu sui potest*. Mais les Romains ont su tourner ici les principes dans un but d'utilité pratique, et ils ont imaginé divers procédés pour partager, sinon l'usufruit, au moins son exercice, procédés qu'on examinera plus loin.

Parmi les choses que le *de cujus* n'a pas possédées, mais qui ont été acquises depuis l'adition d'hérédité, on peut citer notamment celles dont le défunt avait commencé l'usucapion, achevée par ses héritiers, ainsi que celles que le défunt avait achetées et dont

la tradition a été faite à ses héritiers, l'acquisition provenant en effet dans ces hypothèses *ex causa hereditaria*; les choses dont le défunt était co-propriétaire et qui, par suite d'un partage, ont été comprises pour la totalité dans sa succession (L. 52 pr. D. X-2); tout objet acquis à titre héréditaire même après la *litis contestatio*, comme les alluvions d'un fleuve (L. 16-3 D. h. t.), les fruits perçus, car ces fruits *augent hereditatem* (L. 56-D. h. t.), et non seulement parce que l'action est de bonne foi, ainsi que le prétend Gordien (C. 9. C. III-36); ce qui a été donné aux esclaves de la succession par un étranger (L. 12. 1. D. X-2), car l'hérédité *sustinet personam defuncti*, et les enfants nés d'un esclave après l'adition d'hérédité ou même après la *litis contestatio* (L. 12. D. h. t.), ainsi que le déclare Sabinus. Il y a seulement lieu de remarquer, en ce qui concerne les fruits, que si un héritier, se croyant de bonne foi seul propriétaire, les avait perçus avant l'adition d'hérédité, il avait le droit de les conserver comme tout possesseur de bonne foi. Mais après l'adition la règle changeait, et l'héritier ne pouvait exciper de sa bonne foi pour rompre l'égalité à son profit : *Fructus quos ante aditam hereditatem ex fundo hereditario heres capit, non aliter familiæ exciscundæ judicio præstare eum Julianus ait, quam si, quum sciret hereditarium fundum esse, ceperit* (L. 44-3 D. X-2).

Quelles choses ne faisaient pas partie de la masse ? C'étaient en principe les choses qui n'étaient ni héréditaires ni communes. Ainsi les créances, quoique héréditaires, ne donnaient pas en général lieu à

l'action en partage, car elles se divisaient de plein droit (C. 6. C. III-36).

On ne comprenait pas dans l'action, ainsi qu'on l'a déjà vu, les divers pécules du fils de famille à l'exception de son pécule profectice qui était la propriété du père. Il faut observer à cet égard que pendant longtemps le fils de famille n'a eu qu'un seul pécule, le pécule *castrense*, les autres pécules étant d'institution relativement tardive.

On n'y comprenait pas non plus les biens qui, quoique héréditaires, ont cessé de faire partie de l'indivision à l'égard de tous les héritiers. C'est ce qui arrive lorsque l'un des héritiers a aliéné sa part dans une chose commune. Cette part n'est plus dans la succession, et quant au surplus de la chose, quoiqu'elle soit restée héréditaire, elle ne fait plus partie de la même indivision, *exiit de communione*, dit Nératius (L. 54, D. X-2); elle se trouve en indivision entre l'acheteur et les autres héritiers, et le partage s'en obtiendra par l'action *communi dividundo*. Le partage n'en pouvait être opéré par l'action *familiae erciscundae*, que si celle-ci avait été intentée exclusivement entre les cohéritiers de l'aliénateur, ce qui était possible dans certains cas. La Constitution 3 (C. III-37) confirme cette solution, en disant que le juge de l'action en partage n'est compétent qu'à l'égard des biens, *quæ manent communia* entre les parties.

A la situation de l'aliénateur, il faut assimiler celle de celui qui a perdu sa part en vertu d'un jugement, même injuste, quoiqu'il l'ait ensuite recouvrée. Il faut en effet que l'indivision soit le résultat direct de la succession; il ne suffit pas qu'elle existe à un

titre quelconque. Il pouvait y avoir discussion entre les héritiers au sujet de l'origine de leurs droits de co-propriété. Cette question ne pouvait pas être tranchée par le juge de l'action en partage, pas plus que ce dernier n'avait qualité pour trancher les difficultés relatives à la qualité héréditaire des plaideurs. La pétition d'hérédité était nécessaire dans ce dernier cas, à moins qu'il n'y eût possession. Pour une chose isolée, c'est, semble-t-il, la *vindicatio incertæ partis*, qui devait être intentée, sauf peut-être aussi l'hypothèse de la possession de la part du réclamant. Quoiqu'il en soit de cette question préjudicielle, il est certain que l'on ne pouvait partager ce que l'un des héritiers possédait comme acheteur ou comme donateur : *Quod pro emptore, vel pro donato, puta, coheres possidet, in familiæ erciscundæ judicium venire negat Pomponius* (L. 25-7. D. X-2). Peu importe que l'héritier ait primitivement possédé comme héritier, si l'origine actuelle de son droit est autre. C'est ce que montre un exemple rapporté par le même Pomponius. Titius ayant laissé deux héritiers, l'un d'eux intente une action contre un tiers détenteur d'un bien héréditaire, pour le faire condamner à lui restituer sa part dans ce bien. Il échoue dans sa réclamation, puis son cohéritier achète à l'amiable cette part litigieuse au tiers. Le bien héréditaire appartient alors en totalité au second héritier, mais celui-ci a pour partie, sur ce bien les droits d'un acheteur et non d'un héritier. On ne pourra comprendre un pareil bien dans l'action *familiæ erciscundæ*, ni pour la partie achetée au tiers détenteur, ni pour celle qui revient à l'héritier qui n'a pas plaidé, bien que cette part soit

restée dans la succession. En effet cet héritier, ayant-cause du tiers, peut opposer à son cohéritier le jugement qui lui a refusé une part dans le bien en question.

L'aliénation, volontaire ou non, d'une part indivise des biens héréditaires par un ou plusieurs héritiers empêchait donc les biens d'être compris dans l'action en partage.

Mais cette aliénation n'était pas elle-même toujours possible. Il est probable même qu'à une certaine époque, quand elle était permise, elle ne l'était cependant qu'au profit des cohéritiers. C'est ce qui semble résulter d'une Constitution (3. C. IV-52), où Dioclétien et Maximien répondent à un co-propriétaire qui les consulte, que c'est à tort qu'on lui a persuadé qu'il ne pouvait aliéner sa part qu'à son co-propriétaire. Le doute dans lequel se trouvait le consultant montre bien que la question, à une certaine époque, a été sérieusement controversée et probablement tranchée négativement. La terre en effet a été primitivement inaliénable. Plus tard, quand on l'a aliénée, on a imaginé pour le permettre des procès fictifs, et encore divers exemples montrent-ils tant à Rome que chez d'autres peuples primitifs, que, lorsqu'un propriétaire voulait aliéner sa part à un étranger, il fallait qu'il en avertisse ses proches qui avaient un droit de préemption. On ne voulait pas que la terre sortit de la famille sans le consentement de ses membres. Cette vieille coutume, dont l'application devait être fréquente dans les successions, avait en tous cas disparu à l'époque classique, et la liberté des cohéritiers était entière en ce qui concernait le choix de leur acquéreur. Mais

il n'en était pas de même pour l'époque de l'aliénation. La Constitution précitée nous montre que cette aliénation devait être antérieure à l'introduction de l'action en partage, précéder la *litis contestatio*. Cette prohibition avait, d'une part, pour but d'éviter la fraude d'un cohéritier qui aurait pu ainsi soustraire après coup certains biens à l'action en partage, et, d'autre part, elle nous révèle un côté curieux des mœurs romaines.

Les Romains se défiaient de l'impartialité de leurs juges, ainsi que cela résulte de nombreux documents et des textes qui supposent qu'un plaideur a perdu son procès *injuria judicis*. L'injustice du juge pouvait provenir en particulier de ce, qu'ayant en face de lui deux plaideurs de condition sociale inégale, il donnait gain de cause au plus fort, ce qui était d'autant plus fréquent que le juge appartenait lui-même à la classe des plus forts. Il arrivait souvent alors qu'un individu, ayant un procès avec un individu de sa classe et n'étant pas sûr de gagner, transportait son droit litigieux à un individu plus puissant, *potentior*, qui avait plus de chances de triompher. On a cherché à empêcher cette fraude très tentante dans les partages de succession, où la condition des héritiers est en général égale. On a interdit les aliénations après la *litis contestatio*: *alienationes enim post judicium acceptum interdictæ sunt* (L. 13, D. X-2). C'est là une règle générale, qui s'applique même au cas où l'aliénation n'est pas frauduleuse. Mais quand il y avait fraude, le prêteur venait au secours du cohéritier lésé, ou menacé de l'être, d'une façon plus efficace. Par analogie avec ce qui avait été édicté par la loi *Plætoria* pour

protéger les mineurs de vingt-cinq ans, de l'inexpérience desquels on avait abusé, et qui se trouvaient indemnisés par une peine, le prêteur ne toucha pas à la validité de la cession du droit litigieux, mais fit de cette cession frauduleuse un quasi-délit sanctionné par une action *in factum*, moitié pénale, moitié réparatrice.

Plus tard le magistrat s'enhardit. Il était singulier de voir un acte délictueux produire un effet quelconque. En même temps que le mineur *circumscriptus* avait à sa disposition l'*exceptio legis Plætorix* pour se défendre contre son co-contractant, le cohéritier de celui qui avait vendu sa part à un *potentior* eût le droit de repousser ce *potentior* par une exception, et se trouva mieux protégé. Il n'y avait pas à s'occuper ici de la date de la cession, qu'elle fût ou non antérieure à la *litis contestatio*. Bien plus, si elle était postérieure, on vient de voir qu'on était allé jusqu'à la déclarer radicalement nulle. La fraude était surtout à craindre quand l'hérédité comprenait un bien impartageable en nature, comme un immeuble, pour lequel une licitation était nécessaire. Primus et Secundus pourront bien enchérir l'un sur l'autre. Mais si Secundus vend sa part à un *potentior* Tertius, Primus n'osera pas enchérir contre ce dernier, qui sera adjudicataire à très bas prix et recédera ensuite le bénéfice de son acquisition à Secundus, en exécution d'une contre-lettre qu'il aura préalablement conclue avec lui, et en gardant pour prix de son intervention une somme plus ou moins importante. En prouvant que l'aliénation était frauduleuse et faite seulement *judicii mutandi causa*, Primus, s'il a éprouvé un dommage, aura une action

in factum contre Secundus, et lui fera infliger une peine ; il pourra, en outre, repousser par une exception l'action en partage intentée par Tertius. Si l'aliénation est postérieure à la *litis contestatio*, l'action *familiæ erciscundæ* se trouvant intentée entre Primus et Secundus, il ne sera même plus nécessaire de prouver la fraude. Celle-ci est présumée et rend nulle l'aliénation. Les moyens de protection précédents n'ont pas encore paru suffisants aux Romains ; c'est ce que nous révèle un texte de Marcien relatif à l'action *communi dividundo*, mais qui semble pouvoir s'appliquer également à l'action en partage d'une hérédité (L. 12, D. IV-7) : *Si quis iudicii communi dividundo evitandi causa rem alienaverit ex lege Licinia ei interdicatur, ne communi dividundo iudicio experiatur : verbi gratia, ut potentior emptor per licitationem vilius eam accipiat et per hoc iterum ipse recipiat. Sed ipse quidem, qui partem alienaverit, communi dividundo iudicio si agere velit, non audietur. Is vero qui emit, si experiiri velit, ex illa parte edicti vetatur, qua cavetur, ne qua alienatio iudicii mutandi causa fiat.* Le texte, dans sa forme actuelle, n'est probablement pas authentique ; voici l'hypothèse qu'il semble avoir en vue.

Secundus a aliéné frauduleusement sa part à Tertius, qui a été repoussé par une exception en voulant agir en partage contre Primus. Primus et Secundus se retrouvent alors en face l'un de l'autre. D'après les principes purs, on devrait dire que tous deux peuvent intenter l'action en partage. Mais c'est alors qu'intervient une certaine loi Licinia, dont parle le texte, loi qui renforce la protection déjà accor-

dée par le préteur à Primus. Cette loi décide que Secundus ne pourra pas agir en partage contre Primus son cohéritier ou son co-propriétaire. C'est là un nouveau cas à ajouter à ceux précédemment cités dans lesquels l'action *familiæ erciscundæ* ne pouvait être repoussée par une exception, et un nouvel intérêt à la distinction entre le demandeur et le défendeur. Peut-on aller plus loin et soutenir que Secundus, qui ne peut demander le partage, est privé de son droit de co-propriété attribué à Primus? Le texte n'est pas assez explicite pour qu'on admette une conclusion aussi rigoureuse. Primus verra seulement sa situation améliorée, en ce qu'il tiendra Secundus à sa merci, et aura seul le droit de provoquer le partage.

Le principe, que les aliénations sont interdites après la *litis contestatio* (C. 1, C. III-37), n'est vrai que des aliénations volontaires, et ne s'applique pas à celles, *quæ vetustiore causam et originem juris habent necessariam* (L. 13, D. X-2). Je suppose écartée ici toute idée de fraude. Le texte cité se rapporte à l'exemple dont parle le fragment précédent, et qui concerne une aliénation nécessaire. Une chose a été léguée sous condition. *Pendente conditione*, elle appartient à tous les héritiers, et sera comprise dans l'action en partage, ainsi qu'on l'a déjà fait remarquer, mais avec l'expectative, qui la frappe, de devenir la propriété du légataire. La condition s'accomplit après la *litis contestatio*, et entraîne la nécessité du transfert de la chose au légataire. Ce n'est pas là une aliénation que l'on doive interdire. Cela se comprend sans peine. Il n'y a aucune raison de supposer que l'aliénation soit le résultat du caprice d'un cohéri-

tier, ou ait été inspirée par un désir de fraude. Ulpien cite encore un autre exemple d'aliénation permise dans le fragment suivant (L. 14, D. X-2) : *Sed etsi usucapio fuerit cœpta ab eo qui heres non erat, ante litem contestatam, et postea impleta fuerit, rem de iudicio subducit*. Le tiers qui usucape devient propriétaire nécessairement, et on ne peut s'opposer à son acquisition, sous prétexte qu'elle est postérieure à la *litis contestatio*. Il y a donc lieu en définitive, une fois l'instance engagée, de distinguer entre les aliénations volontaires et celles qui ne le sont pas, les premières seules étant interdites. C'est une situation semblable à celle qui résulte de la loi Julia *de fundo dotali*, pour l'aliénation par le mari des biens de sa femme.

Il est essentiel de remarquer que, pour qu'un bien ne fût pas compris dans l'action *familiæ erciscundæ*, il fallait que le co-propriétaire qui avait cédé sa part se fût effectivement dépouillé de la propriété.

Le simple contrat de vente ne suffisait pas pour cela, car il laissait la chose dans l'hérédité pour la totalité. C'est ce qui résulte du texte suivant, qui montre en outre les effets que produisait le partage dans les rapports entre le cohéritier vendeur et son acquéreur (L. 13-17, D. XIX-1) : « *Fundi, quem cum Titio communem habebas, partem tuam vendidisti : et antequam traderes, coactus es communi dividundo iudicium accipere, si socio fundus sit adjudicatus, quantum ob eam rem a Titio consecutus es, id tantum emptori præstabis*. On distingue suivant que c'est le vendeur, ou son associé, qui a demandé le partage. Le fait de demander le partage

étant spontané, on conçoit qu'il soit traité différemment de celui qui consiste à répondre à l'action, acte nécessaire et forcé. C'est la dernière hypothèse que prévoit le texte. Le vendeur joue le rôle de défendeur. Trois solutions sont alors possibles. Si l'immeuble a été adjugé à Titius, le vendeur n'a à fournir à son acquéreur que la soulte à laquelle Titius a été condamné à son égard. Il aura accompli ainsi son obligation de livrer. Seulement le texte laisse dans l'ombre une question importante. Suppose-t-il en effet que le vendeur avait déjà touché la soulte, auquel cas il en serait débiteur envers son acheteur, ou au contraire suppose-t-il qu'il est encore créancier de cette soulte, auquel cas se pose la question de savoir, si le vendeur sera quitte envers son acheteur en offrant de lui déléguer le bénéfice de la condamnation prononcée contre Titius? Sur qui tombera l'insolvabilité de ce dernier? Peut-être faudrait-il distinguer entre la solvabilité actuelle ou future? Si Titius était insolvable lors de l'adjudication, on ne pourrait guère déléguer valablement la soulte qu'il doit à l'acheteur de son cohéritier. Si, au contraire, il ne devient insolvable que plus tard, il semble que le vendeur sera libéré envers son acheteur en lui déléguant la soulte. Supposons, comme paraît le faire le texte, que le vendeur a touché la soulte. Il doit alors une somme d'argent, valeur de même nature que celle que l'acheteur lui doit. C'est le cas d'appliquer la compensation *ex eadem causa*, dont parle Gaius à propos des actions de bonne foi. On a deux dettes qui se neutralisent réciproquement. Cette neutralisation s'est montrée de bonne heure à Rome dans la vente et les cas

analogues, alors même que la compensation n'existait pas d'une façon générale.

Il y a une deuxième hypothèse à examiner. Le texte continue ainsi : *Quod si tibi fundus totus adjudicatus est, totum eum emptori trades : sed ita, ut ille solvat, quod ob eam rem Titio condemnatus es : sed ob eam quidem partem, quam vendidisti, pro evictione cavere debes : ob alteram autem tantum de dolo malo repromittere : æquum est enim, eandem esse conditionem emptoris, quæ futura esset, si cum ipso actum esset communi dividundo.* Cette solution est très naturelle. Il ne faut pas que l'on retombe dans l'indivision ; la loi romaine ne le veut pas. L'acheteur aura le droit d'exiger de son vendeur la totalité du fonds en payant la soulte. Au point de vue des cautions à fournir, on voit que le vendeur est tenu moins sévèrement pour la portion qu'il a acquise, que pour celle qu'il a vendue, ce qui s'explique facilement par des considérations d'équité.

Reste la dernière solution, celle du partage en nature : *sed si certis regionibus fundum inter te, et Titium judex divisit, sine dubio partem, quæ adjudicata est, emptori tradere debes.* Le vendeur doit livrer, et l'acheteur a le droit d'exiger, la part adjugée au vendeur, toujours pour que l'on ne retombe pas dans l'indivision.

Il est bien entendu que les décisions précédentes ne sont que des décisions interprétatives de la volonté des parties. Il n'y aurait rien d'impossible à ce que le contraire fût convenu. Il faudrait également modifier ces décisions, si c'était le vendeur qui avait provoqué le partage. Si enfin, au jour de la tradi-

tion, jour auquel le vendeur doit exécuter son obligation, le partage n'avait pas encore eu lieu, on resterait sous l'empire des principes généraux de la vente. Le vendeur se trouverait libéré en livrant sa part indivise. Titius serait en indivision avec l'acheteur, et la chose cesserait d'être comprise dans l'action *familiæ erciscundæ*.

Il existe encore un autre texte, qui montre bien que la vente seule ne suffit pas pour soustraire un bien au partage. Elle n'engendre en effet, au profit de l'acheteur, qu'un droit de créance, contrairement à ce qui a lieu dans notre droit moderne. Pour que le droit réel recherché par l'acheteur soit acquis, il faut une tradition (C. 8, C. IV-49) : *Si pater tuus venumdedit portionem suam, nec induxit in vacuam possessionem prædii : jus omne penes se retinuisse certum est*. Le vendeur s'est contenté de s'obliger, n'a pas accompli son obligation de livrer. L'acheteur n'est encore que créancier. Le droit réel de copropriété est toujours dans le patrimoine du vendeur. Le texte continue en disant : *Neque enim velut traditionis factæ vectigal exsolutum, si simulatum factum intercessit, veritatem mutare potuit*. Il faut croire que l'acheteur a acquitté l'impôt, sans avoir reçu la tradition de la part qu'il avait acquise, mais ce paiement n'a eu lieu que par simulation. Il n'y a pas alors tradition, car un paiement simulé ne peut avoir d'effets de droit. Mais si le paiement avait été sérieux, ne peut-on en conclure qu'il y a eu tradition ? Il semble bien que oui, par *a contrario*. La tradition peut en effet se faire de toute espèce de manières, et le juge qui admettrait qu'il y a eu tradition, et par suite impossibilité de comprendre

dans l'action *familiæ erciscundæ* l'objet dont une part a été aliénée, après le paiement non simulé de l'impôt, ne commettrait aucun excès de pouvoir. Le texte se termine ainsi : *Quapropter aditus proles provinciæ, si animadverterit in vacuum possessionem neque patrem tuum, neque successores ejus emptorem vel heredes ipsius quocumque loco factos induxisse, non dubitabit nihil esse translatum pronunciare. Et si te ex empto ad ducendum eum in vacuum possessionem prædii perspexerit conveniri : existimabit an pretium sit solutum : ac si repererit non esse pretio satisfactum, hoc restitui tibi providebit.* La fin est une application du caractère synallagmatique du contrat de vente. Une des obligations ne peut être exigée, sans que l'autre soit offerte. L'acheteur ne pourra contraindre le fils du vendeur à lui livrer la *vacua possessio* avant de le payer.

Je reviens aux choses qui ne pouvaient être comprises dans l'action en partage. Aux choses dont une part avait été aliénée, il y avait lieu d'assimiler celles que l'un des cohéritiers avait données en gage pour sa part, au moins quand il y avait eu transfert de propriété au profit du créancier; on a vu, en effet, que le créancier avait le droit de partager personnellement les choses qu'il avait reçues en gage. C'était lui, et non plus le débiteur qui intervenait au partage, et celui-ci devait s'effectuer par l'action *communi dividundo*.

On ne partageait pas non plus, ainsi que cela a été dit, les choses que les cohéritiers possédaient à un autre titre que celui d'héritier, par exemple, comme acheteurs ou comme donateurs. Ainsi,

la chose qu'un des héritiers a achetée en son nom, encore qu'elle soit acquise des deniers héréditaires, n'est pas commune, et par conséquent ne peut être partagée. Il n'y a lieu qu'à indemnité au profit des autres cohéritiers, ainsi que le proclament Dioclétien et Maximien dans la Constitution 4 (C. III, 38): « *Si patruus tuus ex communibus bonis res comparavit, sibi negotium gerens, non omnium bonorum socius constitutus, pro competentium portionum modo indemnitati tuæ consuli oportet: et ideo, rem emptam communicare eum, contra juris formam postulas*. De même, n'était pas commun le bien acheté par un héritier d'un des débiteurs du défunt qui l'avait reçu en gage de ce dernier, car il possédait ce bien seulement comme acheteur (L. 17, D. X-3). Pour la même raison, ainsi que l'apprend Papinien, si un esclave affranchi a, pour accomplir la condition mise par le testateur à son affranchissement, payé à l'un des cohéritiers une somme provenant de son pécule, cette somme n'entrera pas dans l'action en partage, et l'héritier qui l'a reçue ne sera pas tenu de la partager. En effet, bien que la chose donnée soit héréditaire comme provenant du pécule, elle n'est pas possédée à titre héréditaire, mais par une sorte de droit de prélèvement, *quodam prælegati jure*, dit Pothier (Pandectes V. p. 18), puisqu'il y a eu don du testateur (L. 20. D. X-3).

Certaines choses n'étaient pas comprises dans le partage à cause de leur nature même. C'est, ainsi qu'on l'a déjà vu, ce qui arrivait pour les dettes et les créances, et cependant le juge avait, ainsi qu'on le dira plus loin, le droit de statuer sur ces créances

et ces dettes, mais il ne pouvait transférer des *droits*, il ne pouvait que déplacer la *charge* d'une dette, ou attribuer à quelques-uns le *bénéfice* d'une créance, lorsqu'un pareil changement paraissait nécessaire ou simplement utile.

Les servitudes, étant indivisibles, ne pouvaient pas non plus se trouver comprises dans l'action *familiaererciscundæ*, mais il était nécessaire de distinguer, selon qu'il s'agissait d'une servitude existant déjà, ou seulement promise. Lorsqu'il y avait déjà une servitude établie au profit d'un fonds, celle-ci suivait naturellement le fonds dont la valeur se trouvait ainsi augmentée. En ce sens, elle figurait au partage au moins implicitement, mais le juge ne pouvait la modifier, ni l'attribuer à un autre qu'à l'adjudicataire du fonds. Quelquefois il sera nécessaire de laisser plusieurs héritiers profiter de la servitude, par exemple, lorsque le fonds servant est adjugé à plusieurs ensemble, ou lorsque ce fonds a été lui-même divisé, et que chacune de ses parties continue à avoir droit à la servitude. Paul semble même prévoir une autre hypothèse, en parlant d'un droit qui serait séparé du fonds (L. 19, 4, D. X-3), hypothèse que Pothier explique en supposant qu'il s'agit, non pas d'une servitude réelle, mais d'une obligation stipulée par le *de cujus* à son profit et au profit de ses héritiers. Chacun a alors des droits séparés, plutôt qu'un droit commun, par exemple, le droit de puiser de l'eau, ou de passer par un chemin non public, ou d'extraire du sable, pour un temps et dans des limites déterminées.

Il y a là un droit dont l'exercice au moins est divisible. Ce sera au juge de régler entre les héritiers

cet exercice, de manière à ce que la pluralité des ayants-droit ne vienne pas aggraver la servitude. Il devra diviser l'exercice de celle-ci *aut mensura aut temporibus*, en fixant les époques auxquelles chaque héritier pourra jouir de la servitude, et dans quelles proportions il pourra le faire.

La servitude peut avoir été simplement promise au *de cuius*. Ses héritiers trouvent alors dans sa succession la créance de cette servitude, créance qui est indivisible de sa nature. Paul nous apprend que, malgré quelques doutes qui se sont élevés à ce sujet, on a généralement admis que la créance n'entrait pas dans le partage, la loi des XII Tables elle-même ne permettant pas le partage des servitudes (L. 25-9, D. X-2). Mais l'action qui naît de la stipulation de servitude appartient à tous *in solidum*, la condamnation prononcée au profit de l'héritier qui agit, si le débiteur refuse de laisser exercer la servitude, étant toutefois proportionnée à la part héréditaire du demandeur, car cette condamnation est basée sur l'intérêt qu'a chaque héritier à l'établissement de la servitude, et cet intérêt est divisible.

La dette de servitude n'était pas non plus comprise dans l'action en partage, les héritiers étant tenus solidairement de l'obligation de leur auteur à cet égard. Peu importait d'ailleurs que la dette ait été contractée par le *de cuius* de son vivant, ou résultât d'un legs fait par lui. Ses cohéritiers devaient s'entendre pour constituer la servitude. S'ils ne s'entendaient pas, et que l'un d'eux, poursuivi, ait payé pour tous, il avait un recours contre ses cohéritiers par l'action *familiæ erciscundæ*, si celle-ci n'avait pas été intentée. Si elle l'avait été, son recours était

assuré par les cautions réciproques que le juge devait imposer aux héritiers (L. 25-10, D. X-2).

On ne comprenait pas non plus dans le partage les choses dont l'indivision était forcée, par exemple celles qui étaient mitoyennes entre deux propriétés et servaient à leur usage commun. Ces choses faisant partie de l'hérédité étaient bien, en un certain sens comprises dans la masse, mais en un autre sens, elles en étaient indépendantes, parce qu'elles ne pouvaient être partagées. Ces choses sont en effet des accessoires quasi, indispensables, au moins très utiles, des fonds auxquels elles servent. A cause de cela, elles ne peuvent sortir d'indivision, si ce n'est par la volonté de tous les co-propriétaires. C'est ici l'un des rares cas, où le juge peut moins que ne peuvent les plaideurs, où il a besoin de leur assentiment pour la rédaction de la sentence. La mitoyenneté était d'ailleurs rare à Rome, beaucoup plus rare que de nos jours. Le seul texte que l'on ait à cet égard est de Paul (L. 19-1. D. X-3) : *De vestibulo communi binarum ædium, arbiter communi dividundo invito utrolibet dari non debet : quia qui de vestibulo liceri cogatur, necesse habeat interdum totarum ædium pretium facere, si alias aditum non habeat.*

Celui, à qui le vestibule serait adjugé seul pourrait empêcher son voisin d'entrer chez lui, déprécierait ainsi sa propriété et l'obligerait à la vendre souvent à vil prix. L'équité exige que le vestibule reste commun. Il protège en effet l'entrée des deux maisons, ce qui a fait dire à Accurse que le mot vestibule venait de *vestis*, le vêtement servant

lui aussi, à couvrir le corps humain, étymologie plus que contestable.

Ce qui est vrai du vestibule, doit l'être aussi du mur mitoyen, malgré l'absence de textes. Mais à raison de l'obligation, imposée presque partout aux propriétaires, de laisser entre leurs maisons un certain espace appelé *ambitus*, au lieu de les adosser les unes aux autres, l'hypothèse d'un mur mitoyen ne devait pas être très fréquente. Au mur il ne faudrait pas assimiler le puits commun, bien qu'il y eût eu des doutes à ce sujet. Ulpien nous dit en effet (L. 4-1 D. X-3) que, selon l'opinion de Méla, on pouvait partager un puits commun, c'est-à-dire sans doute l'adjuger à un seul des héritiers, à une condition cependant, *si solum ejus commune sit*. La privation du droit de puiser de l'eau à un puits n'enlève pas en effet toute valeur à l'immeuble, qui en avait primitivement joui. En revanche, on ne peut partager un arbre qui a été planté sur les limites de deux champs, et une pierre qui s'étend de l'un à l'autre, exemple qui peut servir d'argument pour l'hypothèse d'un mur, ce qui s'explique parce que, tant que la pierre ou l'arbre sont inhérents au sol, ils ne font qu'un avec lui ; le sol n'étant pas commun entre les propriétaires de chaque champ, chacun en ayant sa portion limitée, la pierre et l'arbre ne sont pas non plus communs entre eux, mais suivent la condition du sol (L. 19. D. X-3). L'application de cette règle pourra notamment se présenter, quand le défunt était propriétaire d'un champ sur la limite duquel se trouvaient une pierre ou un arbre. Mais si la pierre ou l'arbre sont enlevés, ils deviennent communs et peuvent être partagés, car les parties déter-

minées qui étaient inhérentes à chacun des deux fonds se trouvent confondues, de la même façon que deux masses de métal appartenant à deux maîtres, lorsqu'elles sont fondues ensemble, forment une masse indivise. On peut dire en outre que la pierre et l'arbre, n'étant plus inhérents au sol, constituent une chose nouvelle provenue des deux fonds limitrophes, et cette chose nouvelle est acquise aux deux voisins par droit de confusion. Il faut remarquer que dans l'action *familiæ erciscundæ*, on ne pourra comprendre que la partie indivise de l'arbre ou de la pierre appartenant à la succession comme propriétaire d'un des fonds, en sorte que l'indivision subsistera entre le propriétaire de l'autre fonds et l'adjudicataire de cette partie. Pour faire cesser l'indivision complètement, il faudrait intenter l'action en partage avec le propriétaire voisin, et comme celui-ci n'est pas en général héritier, c'est l'action *communi dividundo* qui pourra seule être exercée. Quant à la partie de l'arbre ou de la pierre enlevés qui appartiendra à la succession, et entrera dans l'action *familiæ erciscundæ*, elle sera égale à celle que la succession avait dans le sol, comme le dit Paul dans la loi 83 (D. XVII-2).

Ne sont pas non plus compris dans l'action en partage certains droits incorporels, qui passent en totalité à chacun des héritiers et sont indivisibles. C'est ce qui se présentait pour les *jura patronatus*; c'est ainsi qu'une sentence intervenue entre deux héritiers et partageant entre eux les affranchis a été cassée sur ce dernier point, et on n'a regardé comme valable, que la division faite par le juge des aliments, à fournir aux affranchis, car c'était là une charge

pécuniaire, susceptible d'être divisée (L. 24 D. XXXVII-14). Dans l'espèce, c'était le *de cuius* qui avait ordonné de fournir aux affranchis ces aliments qui devenaient ainsi une véritable dette de sa succession, et en outre les héritiers avaient, pendant longtemps, exécuté le partage à cet égard en fournissant chacun la part d'aliments mise à sa charge (L. 41. D. X-2).

De même, on ne pourrait partager le droit de réclamer une instruction criminelle sur la cause de la mort du testateur, de sa femme ou de ses enfants. Godefroy observe qu'il s'agit là du droit de venger la mort du défunt, droit qui n'appartient pas exclusivement à l'un des héritiers, et ne peut lui être attribué, mais constitue plutôt une obligation que chacun a également le devoir de remplir (L. 18-1, D. X-2).

Certains biens n'entrent pas dans l'action en partage pour des motifs d'ordre public. La loi 4 (1, D. X-3) applique cela aux poisons, aux mauvais médicaments, aux livres défendus, comme les livres de magie et autres semblables. Le juge ne peut pas comprendre ces biens dans un lot, ni en disposer autrement, car il doit, dit le texte, *boni et innocentis viri officio fungi*. Son devoir est d'ordonner la destruction immédiate de ces choses, dès que leur existence aura été constatée par lui. Il est également interdit de partager les biens, dont l'origine est suspecte, que le défunt a acquis contrairement à la loi, c'est-à-dire ceux qui proviennent des crimes de péculat, de sacrilège, de violence, de brigandage et de meurtre. Un juge ne doit pas en effet, par sa sentence, paraître légitimer une usurpation ou une illégalité (L. 4, 2.

D. X-2). Les mêmes biens étaient d'ailleurs exclus des apports en société (L. 3, D. XVII-2). Enfin, on a vu que les *loca religiosa* n'étaient pas non plus divisibles, et qu'on ne pouvait partager que les fonds dans lesquels se trouvaient ces *loca*. La même règle était applicable d'une manière générale à toutes les choses qui étaient hors du commerce, et ne pouvaient faire l'objet d'une vente ou d'un échange.

Certaines choses enfin étaient exclues de la masse à partager, parce qu'elles devaient être prélevées par des cohéritiers. On pouvait prélever même des choses qui n'étaient pas divisibles, à l'exception bien entendu de celles qui étaient exclues du partage pour un motif d'ordre public. Ainsi, si le testateur a légué une créance à un héritier, celui-ci la prélèvera, et le prélèvement s'opérera d'ailleurs par l'action *familiæ erciscundæ*, préalablement à la formation par le juge de la masse à partager (L. 4. D. X-2). De même, Papinien nous apprend que, si le testateur a chargé un de ses héritiers de payer seul une dette, sans que cela constitue cependant un legs, le juge doit condamner cet héritier à acquitter la dette, tout en respectant la quarte Falcidie à laquelle il a droit dans la succession. L'héritier devra alors donner caution envers ses cohéritiers de les garantir contre l'action du créancier à qui, en effet, l'on ne peut opposer les arrangements pris par son débiteur (L. 20-5, D. X-2). Il faut d'ailleurs observer que, lorsque le testateur a ainsi chargé un de ses héritiers de payer ce qu'il devait à quelqu'un, s'il a en outre grevé tous ses héritiers d'un legs envers ce créancier en compensation de sa créance, le créan-

cier aura le droit d'opter entre ce legs, et sa créance ; mais que, s'il opte pour sa créance, le legs qui lui a été laissé pourra être prélevé par l'héritier chargé d'acquitter la dette, car il ne doit pas, à moins de stipulation contraire, tourner au profit de l'héritier déchargé du remboursement de la dette. C'est ce que décide encore Papinien à propos du remboursement de la dot par les héritiers du mari (L. 20-8. D. X-2).

La principale cause des prélèvements était le legs fait par préciput au profit de l'un des héritiers. On s'est déjà occupé de ce legs *per præceptionem* sur lequel il y avait divergence entre les Sabinien et les Proculien. Ces derniers l'avaient, semble-t-il, emporté, mais lorsqu'il s'agissait d'un legs fait à un héritier d'une chose héréditaire, ils admettaient parfaitement bien le prélèvement de cette chose par l'action *familiæ erciscundæ*. Il était en effet inutile d'exercer dans ce cas une revendication. Aussi la controverse des Sabinien et des Proculien perd-elle beaucoup de son intérêt, lorsqu'on n'a à se préoccuper que de l'action en partage. Il importe peu en effet que le testateur ait pu ou non léguer une chose non héréditaire, et cela, même à un non-héritier, car les choses non héréditaires échappent à l'action *familiæ erciscundæ*, que les étrangers en outre ne peuvent intenter. Dès qu'il ne s'agit plus que des rapports entre héritiers, et au sujet de choses héréditaires, les deux doctrines admettent également l'action *familiæ erciscundæ* pour les prélèvements. Cette action ne pourrait être écartée par les Proculien que dans un cas, lorsque le testateur avait par des legs *per præceptionem* ou des institutions *ex certa re* disposé de tout son patrimoine, car il ne

devait pas y avoir alors d'indivision, chaque héritier pouvant revendiquer ce qui lui avait été attribué. Mais, même dans ce cas, l'action *familiæ exercisundæ* fut autorisée ; seulement le juge était tenu de respecter la volonté du testateur. Celui-ci se trouvait avoir fait alors un véritable partage d'ascendants, et la loi lui donnait même à cet égard des facilités spéciales, car elle n'exigeait pas que ses volontés fussent contenues dans un testament véritable. Il suffisait qu'il eût manifesté sa volonté d'une manière quelconque ; les enfants n'étaient pas alors saisis de la propriété de ce qui leur était attribué, mais le juge devait opérer les prélèvements nécessaires à cet effet. C'est ce que nous apprend un rescrit de Dioclétien et Maximien (C. 21. C. III-36). Le juge devait examiner tout d'abord si la quarte Falcidie n'avait pas été atteinte, car la réserve des enfants devait être respectée. Mais, cela fait, il ne pouvait partager que ce qui n'avait pas fait l'objet d'une attribution par le père. *Pro virili præterea portione eorum, quæ nulli generaliter, vel specialiter adsignavit, facta divisione, in adjudicando patris sequetur voluntatem.*

Le legs par préciput pouvait résulter d'ailleurs d'un simple fidéi-commis, ainsi que le dit une Constitution de Gordien (C. 7, C. III-36). Il n'en échappait pas moins à la masse commune, qui ne comprenait que les choses, que le père n'avait pas partagées expressément. Ces choses appartenaient naturellement aux héritiers en proportion de leurs parts héréditaires, et les héritiers avaient toujours le droit de rechercher, si, en partageant ses biens, le testateur n'en avait pas omis quelques-uns par oubli ou

pour tout autre cause. La mention mise dans un testament, et constatant qu'il concerne toute l'hérédité, n'empêchait pas une recherche de ce genre (C. 10. C, III-38), et c'était par l'action *familiæ erciscundæ* que les héritiers obtenaient satisfaction, tant pour ce qui leur avait été légué *per præceptionem* que pour ce qui restait indivis. Il faut observer du reste que certaines choses, en apparence indivises, parce qu'elles n'étaient pas mentionnées spécialement par le testateur, devaient cependant être attribuées à titre de prélèvement à un cohéritier, comme formant des accessoires d'un objet légué *per præceptionem* (L. 32, D. X-2).

En outre des legs qui leur étaient spécialement affectés, les héritiers avaient encore le droit de prélever ceux que le testateur avait faits à d'autres personnes, et dont ils étaient chargés d'opérer la délivrance, par exemple, les sommes qu'ils avaient reçu mission de distribuer entre divers légataires. Si ces légataires n'avaient reçu qu'un legs conditionnel, le prélèvement ne pouvait être fait qu'après l'accomplissement de la condition. Jusque-là, l'héritier ou les légataires n'avaient droit qu'à une caution garantissant le paiement futur des legs (L. 96, 3, D. XXXIX-1).

Un autre exemple de suspension momentanée du prélèvement à faire par un héritier, est indiqué par Ulpien dans la loi 8 (D. X-2). Le testateur a légué à un de ses héritiers des comptes non encore apurés. Ce legs est considéré comme fait sous la condition implicite, que les autres héritiers auront le droit de vérifier ces comptes. La situation est la même que pour un esclave chargé des affaires du

de cujus, qui se trouve légué à un tiers. Ce tiers ne pourra exiger qu'on lui livre l'esclave, avant que celui-ci n'ait rendu ses comptes de gestion. De même, l'héritier ne pourra recevoir les livres et titres contenant les comptes qui lui ont été légués, avant que ses cohéritiers ne les aient vérifiés, et, s'il y a lieu, fait copier ou inventorier. Il y a plus. L'héritier et le légataire en prenant livraison de leurs legs devront donner caution de représenter, si besoin est, le premier, les comptes originaux et le second, l'esclave légué, par ce dernier peut être nécessaire pour donner des renseignements sur les affaires dont il avait été chargé.

Comment s'opérait le prélèvement des legs faits par préciput ? Il faut distinguer à cet égard entre les legs de corps certains, de créances ou de choses fongibles.

Pour un corps certain existant dans la succession, il n'y avait guère de difficulté. Mais il faut remarquer que ce corps certain devait être attribué à l'héritier légataire, libre de tous droits de gage ou d'hypothèque, même sans avoir à prouver que le testateur connaissait les droits en question, contrairement à ce qui se passait pour un légataire étranger. Si donc la chose léguée se trouvait grevée d'un de ces droits, le juge devait, préalablement à l'adjudication, en ordonner le dégagement aux frais de la succession, ce qui équivalait à faire supporter la dette par le légataire pour sa part héréditaire. Chaque héritier avait le droit de refuser l'attribution qu'on lui faisait d'un objet légué, qui n'aurait pas été libre de toute hypothèque et cela même dans le partage amiable (L. 28 et 33, D. X-2).

À l'égard des créances, s'il s'agit d'une créance contre l'héritier bénéficiaire du legs, le juge doit ordonner à chacun des autres héritiers de ne rien exiger du légataire, à raison de la dette dont il était tenu, et qui de plein droit s'était divisée entre tous les héritiers. S'il s'agit, au contraire, d'une créance contre un tiers, le juge ordonne à chacune des parties de céder au légataire les actions qu'il avait contre le débiteur, ce qui permettra au légataire d'agir contre ce dernier en qualité de *procurator in rem suam* (L. 42, D. X-2).

Enfin, pour une chose fongible, le plus ordinairement pour de l'argent, si cette chose se trouve dans la succession, on l'attribue pour la totalité au légataire, ce qui diminue d'autant l'actif, et fait, par conséquent, supporter au légataire une partie du legs qui lui a été fait. Si la chose n'existe pas dans la succession, il s'était élevé des doutes sur le point de savoir si elle devait être fournie en totalité par les autres héritiers, ou si ceux-ci n'en devaient que leur part héréditaire, le légataire faisant confusion sur lui-même du surplus en sa qualité d'héritier. Paul nous apprend que c'est la dernière solution qui a prévalu, comme étant du reste plus conforme à l'équité, et à ce qui avait lieu dans l'hypothèse précédente (L. 25, D. X-2). Le juge a d'ailleurs le pouvoir, pour se procurer la chose ou l'argent légués, de faire vendre jusqu'à due concurrence des biens héréditaires, ce qui amènera le résultat cherché de faire supporter le legs à tous les co-partageants, y compris le précipitaire.

Une autre cause de prélèvement, qui se rattache à la première sous beaucoup de rapports, est celle

qui résulte d'une donation faite par un ascendant de son vivant aux enfants placés sous sa puissance. Quoiqu'une pareille donation soit nulle en droit, cependant si le donateur y a persévéré jusqu'à la mort, son décès la confirmera, et la chose donnée sera prélevée comme préciput. La non-révocation de la donation constitue une sorte de testament tacite, et c'est ce qui explique l'analogie de ce cas avec le précédent.

Un rescrit de Dioclétien et Maximien (L. 18, C. III-36) applique cela aux choses qui ont été achetées par un père au nom d'un de ses enfants, et en autorise le prélèvement par l'enfant, à moins qu'on ne prouve que le père a changé d'intention par la suite. Il est vrai qu'un autre rescrit des mêmes empereurs (C. 13, C. VI-20) déclare que, lorsqu'une donation a été faite par un père à sa fille sous sa puissance, les principes du droit s'opposent à ce qu'on lui abandonne par préciput le fonds donné. L'antinomie n'est qu'apparente, si l'on remarque avec Cujas que ce rescrit est placé au titre *de collationibus*. La fille est supposée succéder *ab intestat*, et, elle doit le rapport de la donation qui lui a été faite. Si elle avait été héritière testamentaire, elle aurait pu réclamer son préciput, la *collatio* n'existant pas pour un héritier de cette espèce. Justinien autorise formellement la distinction qui vient d'être faite entre les deux hérédités, parce qu'il dit dans la Constitution 12 (C. III-38). Il suppose un descendant ayant reçu de son ascendant une donation *propter nuptias* ou une dot. Plus tard les biens donnés retournent à l'ascendant qui décède sans en disposer, marquant ainsi son intention de confirmer la donation qu'il

avait précédemment faite. Si les héritiers institués sont des étrangers, l'enfant pourra prélever les biens en question. Si ces héritiers au contraire sont d'autres enfants, le prélèvement ne sera possible que jusqu'à concurrence de ce que ces autres enfants prélèveront, s'ils ont également reçu des donations. Comme la succession n'est pas testamentaire, lorsque les enfants, héritiers naturels, succèdent, il y a lieu à la *collatio*, ce qui explique la deuxième décision donnée par l'empereur. La distinction précédente a d'ailleurs cessé d'être vraie postérieurement à la rédaction des Pandectes, quand Justinien dans la Nouvelle 18-6, eut ordonné que le rapport se ferait dans tous les cas, qu'il y eût ou non succession testamentaire.

Une troisième cause de prélèvement se rencontre à propos de la dot. Celle-ci doit appartenir à celui qui supporte les charges du mariage, et, après la mort du père, les charges du mariage, le soin de la femme et des enfants, retombent immédiatement sur le fils (L. 56-1 et 2. D. XXIII-3). Aussi la loi 20 (2. D. X-2) déclare-t-elle que le fils qui a reçu une dot, dot qui est devenue la propriété de son *paterfamilias*, pourra la prélever : *Filiusfamilias heres institutus dotem uxoris suæ præcipiet; nec immerito, quia ipse onera matrimonii sustinet: integram igitur dotem præcipiet, et cavebit defensum iri coheredes qui ex stipulatu possunt conveniri. Idem et si alius dotem dedit, et stipulatus est.* C'est l'action *familiæ erciscundæ* qui permettra au fils institué d'opérer le prélèvement en question. S'il a été exhéredé, il aura une action en partage utile, comme le montre un texte de Paul (L. 46. D. X-2).

D'après ce texte, le fils institué héritier sans condition peut cependant agir de suite pour réclamer sa dot, car la mort du père oblige le fils à subvenir immédiatement aux charges du ménage et à l'entretien de ses enfants. Il a pour cela une action utile, et cette action doit dès lors lui appartenir, même si la condition ne se réalise pas, puisqu'elle en est indépendante.

Ce texte tranche en même temps une autre question, celle de savoir si le prélèvement de la dot peut s'exercer après comme avant le divorce du fils. Il faut distinguer deux cas. Si le divorce est antérieur au décès du père, c'est ce dernier qui est seul débiteur de la dot. Paul déclare, en effet, qu'on ne peut agir contre le fils que comme héritier du père, le prélèvement de la dot étant impossible; d'où cette conséquence que, si le fils est institué sous condition, on devra attendre la réalisation de la condition avant de savoir s'il est possible de le poursuivre. Au contraire, dès que le divorce est postérieur au décès, le fils a toujours le droit d'exercer le prélèvement de la dot, même sans tenir compte de la condition. Peu importe que ce prélèvement n'ait pas été opéré au moment du divorce. Le fils, ayant supporté les charges du mariage pendant un certain temps, doit *præcipere dotem*. C'est lui seul alors que la femme devra poursuivre par l'action *rei uxoriæ*, une fois le prélèvement opéré. Elle conserve, il est vrai, ses droits contre les héritiers de son beau-père, mais si elle les exerce, ceux qui auront payé ou qui seront simplement poursuivis, se retourneront en garantie contre le mari.

On a quelquefois soutenu que l'action apparte-

nant au fils exhéredé était une action *in factum*, et non une action *familiæ erciscundæ* utile. D'après Cujas cette action sera accordée au fils, *ut marito non ut heredi*. Mais c'est là une simple supposition, que paraît contredire le texte précité de Paul, où il ne peut s'agir que d'une action utile, exercée même *pendente conditione*. Un pareil exemple d'action utile, se retrouve d'ailleurs à propos de l'adrogé impubère qui réclame la quarte Antonine.

Le texte précité du Digeste, qui donne au fils le droit de prélever la dot de sa femme, a fait naître une autre difficulté relativement à l'action qui appartient à la femme pour réclamer sa dot. Ulpien dit que le fils doit garantir par une caution les autres héritiers qui peuvent être poursuivis *ex stipulatu* par la femme. Celle-ci a cependant de droit commun l'action *rei uxoriæ*. On a prétendu que cette action n'était pas applicable ici, car elle ne se donne que contre ceux qui possèdent la dot, alors que les héritiers ne l'ont plus, ayant été obligés de la restituer au mari. On ne peut agir dès lors contre eux que par l'action *ex stipulatu*, qui est transmissible comme résultant d'une promesse verbale du défunt. D'où cette conséquence que lorsque, la dot est restituable seulement par l'action *rei uxoriæ*, celui qui la prélève est dispensé de toute caution envers ses cohéritiers, ceux-ci n'étant exposés à aucune poursuite. Mais cette théorie très subtile ne paraît pas exacte et est contredite d'ailleurs par une loi du titre *de note prælegata* (L. I-10, D. XXXIII-4), qui dit que, par opposition avec ce qui se passe pour un esclave affranchi légataire de son pécule, l'héritier, qui ne

pouvait plus être poursuivi pour les dettes du pécule rendu à l'esclave, peut cependant se voir réclamer la dot qui a été prélevée par le mari. C'est, dit le texte, l'*actio dotis* qui sera exercée contre lui, et cette action est certainement l'ancienne action *rei uxoriæ*, car s'il s'était agi de l'action *ex stipulatu*, Justinien, qui l'a généralisée, en aurait conservé le nom. En rapprochant en outre cette loi de la précédente au même titre, on voit que le prélèvement de la dot par le fils est d'une application générale et a lieu, soit que le beau-père n'ait pas mentionné cette dot dans son testament, soit qu'il en ait fait l'objet d'un legs adressé à son fils ou à sa belle-fille. Mais le legs ne doit pas se cumuler avec le prélèvement, il se confond avec lui.

Ainsi, lorsque c'est la belle-fille qui est légataire, cela n'empêche pas le mari de réclamer la dot, mais il doit garantir les autres héritiers contre l'action de la femme qui veut obtenir la délivrance de son legs. Si c'est, au contraire, la femme qui s'est fait payer d'abord le legs, comme le mari a conservé le droit de prélever la dot pour subvenir aux charges du mariage, la femme a dû promettre de défendre les héritiers vis-à-vis de son mari, et, sans doute, c'est elle alors qui devra donner satisfaction à la demande de celui-ci.

Aux textes déjà cités, qui autorisent le prélèvement de la dot par le fils institué ou exhérédé, et cela par l'action *familiæ erciscundæ*, directe ou utile, au moyen d'une adjudication préparatoire faite par le juge, on peut ajouter une Constitution de Caracalla (C. 2, C. III-36), qui nous apprend que, par le prélèvement, le fils prenait vis-à-vis de la

dot la situation qu'avait le père et pouvait notamment la conserver lorsque sa femme décédait au cours du mariage.

En outre de la dot de sa femme, le fils pouvait prélever la dot de sa belle-fille, car son fils, petit-fils du *de cuius*, passant sous sa propre puissance, il était obligé de subvenir aux charges de son ménage, et devait avoir par conséquent les ressources qui ont été constituées dans ce but. Il pourra de plus prélever la dot qui lui a été donnée personnellement, au lieu de l'être à son père de famille, mais seulement, dans ce cas, le père n'ayant pas reçu la dot de sa belle-fille, sa succession ne sera tenue de la restituer que jusqu'à concurrence du pécule du fils, car le père n'est débiteur à l'égard du fils que jusqu'à concurrence du pécule de celui-ci. Néanmoins, si le père a tiré un profit personnel de la dot touchée par le fils, sa succession pourra aussi être tenue dans la mesure de ce profit.

Quant à la façon dont devait s'opérer le prélèvement de la dot, Julien, dans la loi 51 (D. X-2), déclare qu'il fallait suivre les règles du legs *per præceptionem*. Le fils n'avait droit qu'aux fruits perçus depuis la *litis contestatio*, et on devait déduire de la dot les dépenses, ce qui ne doit s'entendre que des dépenses nécessaires, *quæ ipso jure dotem minuunt*. Pour les fruits perçus avant la *litis contestatio*, ils restaient dans la masse et revenaient à tous les héritiers, après toutefois avoir servi, s'il y a lieu, à payer les dépenses.

Une autre cause de prélèvement avant partage résulte d'une dette du défunt, même naturelle, envers

ses héritiers, ou d'une obligation incombant à un seul des héritiers.

Ainsi, lorsqu'un fils, en défendant son père, a été condamné et a payé pour lui, avant ou après sa mort, bien que le droit strict ne reconnaisse pas d'obligation entre le père et le fils, on peut, par raison d'équité, soutenir que le fils doit exercer la répétition de ce qu'il a payé contre son cohéritier par l'action *familiæ erciscundæ* (L. 25-19, D. X-2). Une dette naturelle ne peut produire d'action, mais on voit qu'elle peut, comme ici, engendrer une répétition qui se traduit par un prélèvement et une déduction de l'actif.

Le fils peut aussi prélever le montant d'une dette qui lui est propre, lorsque le père se trouvait tenu solidairement de cette même dette. C'est ce qui arrive lorsque le fils, à raison d'une charge publique que lui a fait obtenir son père, est devenu reliquataire d'une certaine somme. Cette somme constitue en effet une dette personnelle du père (L. 20-6, D. X-2). La loi suivante renferme une solution identique à propos d'une charge consistant à indiquer le jour et le lieu des combats publics, charge que le père avait déclaré devoir être prise par un de ses enfants, qui, effectivement, avait fait d'avance certaines dépenses à cette occasion. Le père étant mort avant que le fils ne fût officiellement revêtu de la charge, Néra-tius avait prétendu que le fils n'avait droit à aucun prélèvement, mais cette opinion ne prévalut pas, les dépenses ayant été faites sous la responsabilité du père. Il n'y aurait cependant pas lieu de prélèvement des dettes du fils, si celui-ci ne les avait contractées qu'à cause de quelque emploi accepté depuis la mort du père, car celui-ci étant prédécédé

ne peut être passible de ces dettes (20-6 et 39-3, D. X-2). Le prélèvement, quand il a lieu, ne porte en tous cas que sur la somme due par le fils, déduction faite de sa part héréditaire dans cette somme.

En dehors des hypothèses précédentes, le père était tenu des dettes que son fils avait pu contracter, et le prélèvement pouvait s'en opérer. Mais il y avait une distinction importante à faire. Si le fils s'était obligé sur l'ordre du père, celui-ci était tenu *in solidum* et le prélèvement était intégral. Dans le cas contraire, le fils ne pouvait exercer de prélèvement que jusqu'à concurrence de son pécule ou du profit que le père aurait retiré de l'obligation du fils. En un mot, la limite du prélèvement était marquée par celle de l'action que les créanciers du fils auraient eue contre le père de son vivant, action qui, suivant les cas, était l'action *de peculio*, *de in rem verso*, ou *quod jussu* (L. 20-1, D. X-2). Ce qui marque bien cette ressemblance entre les droits des créanciers et ceux du fils vis-à-vis de ses cohéritiers, c'est que le fils pouvait à volonté, soit demander un prélèvement par l'action *familiæ erciscundæ*, soit, en payant les créanciers, les forcer, au moyen de l'exception *doli mali*, à lui transporter leurs actions contre son père, actions dont il userait à son tour contre la succession (L. 18-5. D. X-2). En outre, le juge de l'action en partage, au lieu d'ordonner le prélèvement et de l'effectuer par une adjudication, pouvait condamner les cohéritiers du fils débiteur à lui fournir caution, et à lui garantir pour leur part héréditaire le remboursement de ce qu'il aurait à payer à ses créanciers. Mais, du moment où l'obligation du fils n'était pas contractée sur l'ordre du père, mais avait par

exemple était créée à son insu, la condamnation à prononcer au profit du fils, ou le prélèvement à opérer par lui, ne pouvaient jamais dépasser le montant de son pécule, pécule compris dans la masse commune, et bien entendu, ils ne pouvaient non plus être supérieurs à la dette même du fils, comme le remarquent dans un rescrit Dioclétien et Maximien (C. 13. C. III-36).

Exceptionnellement la dette du fils pourrait rester pour le tout à sa charge personnelle, si le père, en partageant sa succession lui-même entre ses enfants, avait voulu que chacun acquittât ses dettes propres. C'est ce qu'indique Scævola dans la loi 39 (5, D. X-2), quoique, dans l'espèce, la dette fut postérieure au partage fait par le père. Le fils qui paie, ou se voit poursuivi sur sa part dans les biens paternels, est privé de tout recours.

Je citerai encore deux autres exemples de préciput, dont l'un concerne un cas tout particulier, mais dont l'autre a une portée plus générale. Le premier exemple est fourni par Papinien dans la loi 26 (1, D. XXIII-4). Un mari avait stipulé qu'après la dissolution du mariage, s'il existait des enfants, il conserverait une partie de la dot de sa femme. Cependant, quoiqu'il lui restât une fille, il a rendu par erreur la dot entière. La partie de la dot qu'il a payée mal à propos lui est due. Il meurt en laissant sa fille pour seule héritière, et de son côté la fille succède, mais pour partie seulement, à sa mère qui se trouvait débitrice envers le mari de ce qu'elle avait reçu en trop sur la dot. Papinien décide que la fille, en sa qualité d'héritière du mari, pourra prélever sur la succession de sa mère avant partage la partie de la

dot qui lui est due, décision très équitable, mais en même temps fort naturelle, puisqu'elle se borne à déclarer que le fait pour un héritier d'être créancier de la succession n'a pas pour effet de libérer celle-ci, mais qu'il y a au contraire lieu de le payer d'abord avant de former la masse active à partager. Le second exemple est mentionné à propos de l'action *communi dividundo*, mais il s'applique tout aussi bien à l'action *familiæ erciscundæ*. Si un esclave commun acquiert quelque chose des deniers d'un de ses maîtres, ce qu'il aura acquis n'en sera pas moins commun à tous; mais celui, des deniers duquel l'acquisition aura été faite, peut prélever le montant de cette acquisition par l'action en partage, parce que la bonne foi exige que chacun prélève ce qu'un esclave commun a acquis de ses deniers (L. 24, D. X-3).

CHAPITRE QUATRIÈME

DE L'OFFICIUM JUDICIS.

La principale mission du juge consistait à opérer le partage, et à liquider les droits et obligations réciproques des cohéritiers entre eux. Il y parvenait au moyen des adjudications et des condamnations qu'il prononçait au profit des héritiers ou contre eux. Je vais d'abord examiner ce qui concerne le partage proprement dit. Le juge avait les pouvoirs les plus étendus à cet égard ; il faisait ce qu'auraient fait les héritiers eux-mêmes en cas de partage amiable.

Il devait en principe adjuger à chacun des héritiers l'intégralité d'une ou de plusieurs choses héréditaires, puis il rétablissait au besoin l'égalité avec une soulte (Inst. IV-17-4). Quand une chose était partageable en nature, ce qui était rare, le juge pouvait en attribuer une partie à chacun. Il pouvait aussi, dans le cas contraire, mettre dans le lot d'un seul les biens impartageables, à charge de payer aux autres co-propriétaires la valeur de ce qui leur revenait dans ces biens. Souvent ce résultat n'était atteint qu'après une licitation, les biens étant mis en vente et attribués au plus offrant. La volonté des cohéritiers était indifférente à cet égard et ne pouvait lier le juge. Il s'agissait ici en effet d'un acte nécessaire, et nullement facultatif pour les parties. Aussi de même qu'elles ne pouvaient arrêter l'effet

de la demande en partage, de même, une fois l'instance engagée, elles ne pouvaient l'entraver par leur mauvais vouloir. Le juge n'avait pas à tenir compte des désirs de chacun. C'était à lui de voir la manière la plus équitable de procéder au partage. Il n'y avait de recours que par la *restitutio in integrum*, moyen extrême qui n'était accordé en général que pour erreur grossière, par exemple, pour oubli d'un copartageant, ou pour lésion s'il y avait des mineurs de vingt-cinq ans, insuffisamment représentés. Aussi, pour éviter la *restitutio* en fait, sinon en droit, comme il s'agissait d'un acte nécessaire, exigeait-on que le mineur de vingt-cinq ans fût assisté d'un curateur, et au besoin on lui en faisait nommer un, même malgré lui.

Pour arriver à déterminer les droits de chacun et composer les lots, il était nécessaire de commencer par estimer les choses héréditaires, qui doivent ensuite entrer dans les attributions à faire. L'estimation devait comprendre la totalité de chaque chose, et non ses diverses parties (L. 52-3 D. X-2, — L. 10-2, D. X-3). Il fallait de plus avoir soin de n'oublier rien, afin de ne laisser aucune chose indivise, le partage de ce qui aurait été omis nécessitant une nouvelle action qui serait l'action *communi dividundo* (L. 25-20, D. X-2).

L'estimation faite, le juge procédait au partage matériel. Si le défunt s'était exprimé à cet égard dans son testament, si, en supposant que ce fût un ascendant, il avait fait entre ses enfants un partage, même sans testament, pour le moment où il ne serait plus, le juge devait se conformer aux intentions de ce défunt. Il se bornait alors à donner force obliga-

toire par ses adjudications et ses condamnations aux dispositions que le *de cujus* avait prises au sujet de sa fortune. Souvent on se trouvait en présence d'une succession *ab intestat*, ou dont le partage n'avait pas été réglé. En principe alors sa liberté était entière. Il pouvait arriver cependant que les cohéritiers aient pris entre eux certains arrangements, aient fait même un véritable partage provisionnel ou définitif. Il faut distinguer deux hypothèses pour déterminer l'influence de ces arrangements sur l'*arbitraria familiae erciscundae*.

1° Sans faire de contrat actuel de partage, les cohéritiers se sont simplement concertés en vue d'un partage futur, ont préparé celui-ci. Il peut y avoir aussi eu un *pactum divisionis*, mais ce *pactum* n'a pas été exécuté, ou n'a pas été revêtu des formalités de la stipulation. Juridiquement il n'y a rien de fait; chacun des copactisants peut impunément se refuser à tenir sa parole. C'est ce qui explique la possibilité de l'action *familiae erciscundae*, car l'indivision n'a pas disparu, ainsi que le disent Dioclétien et Maximien dans la Constitution 15 (C. III-36). Mais si l'arrangement intervenu était raisonnable, conforme aux intérêts des parties, le juge ne s'en écartera pas, le prendra pour base de son adjudication. Ulpien paraît même lui en faire un devoir en disant dans la loi 3 (1, D. X-3) : *Si quid ipsi sine dolo malo inter se pepigerunt, id in primis et familiae erciscundae iudex servare debet*. A la différence des pactes ordinaires, la simple convention, par laquelle des personnes seraient convenues de partager une chose commune, peut donc ne pas se trouver absolument dépourvue d'effet. Si elle a été conclue de

bonne foi, sans fraude, et pour l'utilité de tous, elle sera sanctionnée par l'action en partage. Mais peut-être s'agit-il pour le juge d'un devoir plutôt moral que strictement juridique? Cependant le même Ulpien (L. 23, D. X-3) déclare que l'action en partage peut servir à faire exécuter une convention intervenue entre deux héritiers, et concernant, non pas, il est vrai, le partage de la propriété, mais le règlement de la jouissance de la succession commune dont les revenus devaient être alternativement perçus chaque année par les héritiers. L'action *ex conducto* ne pourrait pas être exercée, car il n'y a pas eu de prix fixé, mais simple échange de jouissances; l'action *præscriptis verbis* paraît d'ailleurs pouvoir remplacer l'action *familiæ erciscundæ*, et diminuer ainsi l'utilité de celle-ci. En outre, il s'agit surtout ici d'un règlement de comptes, et le partage provisionnel ne semble pas devoir lier le juge irrévocablement.

Quoi qu'il en soit, si les conventions entre les cohéritiers ont été faites par erreur, contre les principes du droit, elles ne sont certainement pas obligatoires. Aussi, lorsque la fille du défunt mariée n'a donné caution de rapporter sa dot à ses cohéritiers qu'à proportion de ce qui lui serait remboursé par son mari, alors que le rapport est dû dans tous les cas, le juge n'en doit pas moins ordonner que la dot sera comprise au partage, même si la femme vient à décéder avant son mari, auquel cas la dot demeure au mari. *Imperitia coheredum*, dit Ulpien (L. 20 D. X-2), *jurisdictionis formam mutare non potuit*.

2° *Possessio consensu secuta est divisionem conventionem factam*. Le juge ne se trouve plus seule-

ment en face d'une convention, mais d'un véritable contrat de partage. Il n'est plus libre. L'action *familiæ erciscundæ* n'aurait même pas dû être exercée. Les cohéritiers, par un acte de volonté, se sont réciproquement livré leurs parts indivises ayant fait l'objet du pacte primitif. Ils sont dès lors devenus propriétaires exclusifs des biens compris dans leurs lots. Peu importe que l'un des héritiers soit resté en possession d'un fonds attribué à l'autre. La tradition aura pu s'opérer par voie de constitut possessoire. Si le possesseur est mécontent du partage, se prétend propriétaire, etc., il se verra exposé à une action en revendication de son cohéritier, qui triomphera en invoquant le pacte suivi d'exécution. Le juge ne pourrait rendre, s'il avait été saisi, une sentence contraire. Une constitution de Dioclétien et Maximien (8. C. III-38) déclare que le partage ne peut être recommencé, une fois régulièrement fait : *Si inter vos, majores annis viginti quinque, rerum communium divisio relictæ vel translata possessione finem accepit, instaurari mutuo bona fide terminata consensu minime possunt*. Le partage a été effectué *relictæ vel translata possessione*. Le mot *relictæ* rappelle l'hypothèse du dépositaire, qui acquiert la chose déposée, du locataire qui acquiert la chose louée (Inst. 44, II-1). La détention se transforme en possession, et celle-ci en propriété. Les cohéritiers avaient déjà pardevers eux les objets qu'ils sont convenus de mettre dans leurs lots respectifs. Seulement, ils n'en étaient que co-propriétaires. Lorsqu'ils conviennent de faire un partage définitif, les traditions, qu'ils se consentiront seront purement fictives. Ce seront des actes consensuels.

Le partage sera consommé *relicta possessione* ; il y a eu tradition et par suite cessation de l'indivision. Quant au mot *translata*, il fait allusion à ce qui se passe d'ordinaire. Il y aura livraison effective des biens héréditaires, pour que le partage devienne définitif.

Par l'adjudication, le juge ne constatait pas des droits préexistants, mais il créait des droits réels nouveaux au profit des cohéritiers. C'était la partie de la formule nommée *adiudicatio*, placée sans doute entre l'*intentio* et la *condemnatio*, qui donnait au juge les pouvoirs nécessaires. Comme le partage, ainsi qu'on le verra en étudiant les effets de l'action *familiæ erciscundæ*, était translatif, l'adjudication comprenait une aliénation et une acquisition. Un cohéritier était dépouillé de sa part dans un bien héréditaire, et cette part était attribuée à un de ses cohéritiers qui devenait ainsi seul propriétaire de ce bien.

Le juge pouvait adjuger aux uns certains biens et aux autres des biens différents. C'était même dans les successions la façon normale de procéder. Il était seulement nécessaire de ne pas séparer des choses qui doivent rester réunies. Aussi Constantin déclare-t-il que l'héritier, qui reçoit un fermier ou un esclave attaché à un fonds, doit avoir également leurs familles, car on ne peut séparer les enfants de leurs père et mère, les frères de leurs sœurs ou les femmes de leurs maris. Si on avait séparé ceux qui sont unis par des liens de cette espèce, on serait forcé de les réunir après coup (C. 2. C. III-38).

Quand une adjudication était prononcée au profit d'un des héritiers, elle entraînait condamnation au

profit des autres du montant de l'estimation du bien adjudgé, déduction faite de la part de l'adjudicataire. Quand les biens de chaque lot sont égaux, les condamnations se neutralisent réciproquement. Si au contraire un lot est supérieur aux autres, il y aura lieu à des condamnations. Seulement, on pourra se dispenser de prononcer plusieurs condamnations, en ne condamnant que celui qui a le lot le plus élevé et seulement pour l'excédent de la valeur de son lot. On est en effet en matière d'actions de bonne foi, et rien ne s'oppose, ainsi qu'on le verra, à ce qu'on admette la compensation entre les dettes des héritiers (L. 52-2. D. X-2).

S'il le trouve plus commode, le juge peut adjudger à chacun des héritiers des portions du même fonds qu'il aura divisé en plusieurs parties (L. 22-2. D. X-2). Il faut pour cela que la division puisse s'opérer facilement, sans faire éprouver à personne le moindre dommage (C. 1. C. III-37). Aussi, lorsqu'il s'agissait d'un champ donné à bail emphytéotique ou d'un *ager vectigalis*, quoique la division fût possible, il valait mieux cependant que le juge s'en abstint, parce que cela troublerait la perception de la redevance, celle-ci se trouvant divisée et les comptes étant dès lors plus difficiles à faire (L. 7. D. X-3). C'est dans le même sens qu'il faut interpréter, d'après Cujas, la loi 25 (6, D. X-2), qui déclare que, lorsque le testateur a une chose commune avec un étranger, ou s'il a légué à quelqu'un une partie de sa propre chose, ou enfin si un des héritiers a aliéné sa part avant la *litis contestatio*, le juge doit adjudger la portion indivise qui est restée dans la succession à l'un des héritiers en entier, et non pas

la partager entre toutes les parties. De cette façon, en effet, l'étranger à qui appartient l'autre portion n'aura pas affaire à plusieurs adversaires.

Pour sortir d'embarras, le juge peut aussi, au lieu d'adjuger à l'un une partie de la chose, et à l'autre une autre partie, adjuger à l'un la propriété et à l'autre l'usufruit. C'est ce que disent plusieurs textes, par exemple la loi 6 (10 D. X-3) : *Officio judicis etiam talis adjudicatio fieri potest, ut alteri fundum, alteri usumfructum adjudicet*. Julien dans le fragment 16 (1, D. X-3) remarque que, dans ce cas, l'usufruit ne se trouve pas devenu commun. On cite souvent ce fragment pour comparer le legs et l'adjudication comme modes d'établissement de l'usufruit. Un testateur veut léguer à un ami la nue propriété de sa maison, et à un autre l'usufruit. Il doit avoir soin de ne pas dire : *do lego amico fundum meum, do lego alteri usumfructum*.

S'il a dit cela, sa volonté, à tort à ce qu'il semble, sera entendue en ce sens, qu'en léguant à l'un le *fundus*, il lui a légué la pleine propriété, et que, comme l'autre a l'usufruit, il y aura indivision pour l'usufruit, indivision des usufruits formel et causal. Pour éviter cette conséquence le testateur doit dire : *do lego fundum deducto usufructu*. Au contraire, quand c'est un juge qui adjuge à l'un des co-partageants le *fundus* tout court, et à l'autre l'*ususfructus* on n'interprète pas sa sentence de même que le legs. Autrement dit, le juge n'a pas besoin de faire, dans son jugement, la même réserve que le testateur. On sous-entend ici cette réserve. Il est peu vraisemblable, dit-on, que le juge veuille substituer l'indivision de l'usufruit à celle de la propriété (42-49.

Frag. Vat.). Pourquoi adjuger à l'un l'usufruit et à l'autre la propriété? On n'est pas dans l'hypothèse d'un usufruit indivis entre plusieurs; ce qui est indivis, c'est la propriété, c'est-à-dire un droit perpétuel. Le juge va pouvoir substituer à ce droit perpétuel un droit temporaire et viager. Cela est bizarre. Cependant cette hypothèse est mentionnée par plusieurs textes, et si l'on peut contester à la rigueur ceux du Digeste pris isolément, il est difficile de ne pas les considérer comme authentiques en présence des fragments 42 à 49 du Vatican. On peut remarquer du reste que les textes ne disent pas que l'adjudication de l'usufruit sera toujours permise sans aucune restriction. En effet, que d'un commun accord deux co-propriétaires agissent ainsi, cela est licite, mais sera très rare. Mais qu'un juge ait ce pouvoir exorbitant, cela paraît extraordinaire. Certains interprètes ont soutenu que le juge n'avait ce pouvoir que du consentement des co-propriétaires. Le partage judiciaire ne suppose pas toujours en effet un dissentiment entre les co-propriétaires. On y recourait souvent pour éviter l'ennui d'une estimation des objets à partager. Comme moyen extrême, le juge pouvait alors adjuger à l'un la nue propriété et à l'autre l'usufruit. Cela est possible, et même très vraisemblable, mais ce n'est en somme qu'une conjecture qui ne résulte pas directement des textes, quoique ceux-ci ne l'excluent pas absolument.

Un autre pouvoir qui appartenait au juge, était celui d'établir entre les fonds héréditaires des servitudes prédiales. Un morceau de terre, après le partage, se trouve enclavé. Il est alors prudent de lui réserver

un passage sur les autres pièces qui continuent à avoir accès à un chemin. Si le partage est amiable, les copartageants établiront la servitude par les procédés ordinaires d'établissement des servitudes entre-vifs. Mais lorsque le partage est judiciaire, il est nécessaire que le juge puisse l'établir par adjudication, et c'est ce qui a lieu. De cette façon l'adjudication n'est pas seulement un mode d'acquisition de la propriété, c'est aussi un mode d'établissement des servitudes personnelles ou prédiales, ce qui le rapproche du legs *per vindicationem*. Un texte d'Africain (33, pr. D. VIII-3), au sujet du partage amiable, s'occupe de l'établissement d'une servitude d'aqueduc lors des traditions réciproques mettant fin à la co-propriété, traditions accompagnées d'une convention et peut-être aussi d'une stipulation pénale pour le cas où la servitude ne serait pas exécutée. Les deux textes (7-1 et 23-3, D. X-3) consacrent le même principe pour le partage judiciaire, en observant toutefois que la servitude ne peut atteindre un *ager vectigalis*, qui n'appartient pas en effet pour la toute propriété aux cohéritiers. Il faut seulement observer que, quand le juge a adjugé un fonds purement et simplement, il ne peut plus, en en adjugeant un autre, grever le premier à son profit d'une servitude. C'est là une application de la règle, d'après laquelle le juge qui a prononcé sa sentence se trouve dessaisi, ce qui est encore vrai aujourd'hui. La première adjudication étant pure et simple, le juge ne peut la révoquer même pour partie. Pour une raison analogue, le juge ne pourrait pas imposer une servitude sur un fonds héréditaire en faveur d'un fonds étranger, parce qu'il ne peut pas étendre son pou-

voir au-delà de l'objet sur lequel il est appelé à se prononcer (L. 18, D. X-3).

Il reste à parler de la licitation. Le partage en nature peut être impossible. Quand les parties procèdent amiablement, il leur est loisible de convenir que les choses indivises appartiendront en totalité à l'un d'eux, moyennant une somme dont il sera débiteur envers les autres. Le juge peut agir de même, comme le dit Ulpien dans la loi 55 (D. X-2) : *Si familiæ eriscundæ judicium agatur, et divisio tam difficilis sit, ut pene impossibilis esse videatur, potest judex in unius personam totam condemnationem conferre et adjudicare omnes res*. Cela n'est pas absolument la licitation, mais lui ressemble beaucoup. Le jurisconsulte paraît imposer au juge le devoir de rechercher si le partage en nature est possible. Si ce partage est très difficile, on recourra alors au procédé qu'il recommande. La même idée se trouve dans l'article 832 du Code civil, qui veut qu'on fasse entrer dans chaque lot la même quantité de biens de même nature.

Avant d'aller plus loin, il est nécessaire d'examiner une question qui se présente immédiatement à l'esprit au sujet du caractère véritable de l'opération précédente. Est-ce un partage, ou bien cela constitue-t-il un autre contrat, *l'emptio venditio* ? N'y a-t-il pas là d'une part une marchandise, la chose indivise, et d'autre part, un prix en argent ? En dehors de son intérêt théorique, cette question présentait encore à Rome un sérieux intérêt pratique à raison des différences qui existaient entre les deux opérations de l'échange et de la vente.

Tout d'abord, quant aux conditions requises, il y

a lieu de préciser quelle est la nature de l'opération. La vente, contrat consensuel, se forme plus facilement que le partage. Au contraire, le partage se forme *re*; le consentement ne suffit pas. Il faut en plus une *datio*. Mais en matière de partage judiciaire, ce côté de la question disparaît, puisqu'il n'y a plus de contrat volontaire. Il n'en est pas de même en revanche pour ce qui va suivre.

La vente peut avoir pour objet la chose d'autrui. Bien que la marchandise vendue n'appartienne pas au vendeur au jour du contrat, celui-ci est en principe valable. Le partage, au contraire, exigeant, outre le consentement, une *datio*, c'est-à-dire un transfert de propriété, si ce transfert est impossible, parce que la chose n'appartient pas au *tradens*, le contrat ne se forme pas, et le juge ne peut pas plus ici que les parties. Supposons une vente faite par Primus à Secundus de la moitié indivise qu'il croit avoir dans la maison A, laquelle appartient en réalité à Tertius. Si Secundus découvre la vérité après la conclusion du contrat, à moins de démontrer que son vendeur était de mauvaise foi, ou à moins d'être troublé par le véritable propriétaire, il ne peut se refuser à payer son prix, en disant qu'il a acheté la chose d'autrui. Aucun danger d'éviction n'existant actuellement, l'acheteur doit payer, car il est débiteur. Voilà en quel sens est valable la vente de la chose d'autrui, en tant que vente. Si l'opération que le juge effectue entre les cohéritiers est une vente, il faudra appliquer la règle précédente. Cette opération sera valable, même si la chose indivise, qui en est l'objet, n'appartenait pas à la succession.

La soulte n'en sera pas moins due de suite. Un tel

résultat, de prime abord, paraît difficilement acceptable. Si, au contraire, il y a un vrai partage, la *datio* n'ayant pas pu avoir lieu, parce que la maison appartient à Tertius, la *res* fait défaut en droit et n'existe qu'en fait. Primus n'est pas alors créancier de ce qu'a promis Secundus. Même si Primus est de bonne foi et qu'aucune éviction ne soit à redouter, Secundus peut se refuser à payer. Rien de plus juste qu'une pareille conséquence, et elle suffirait déjà à elle seule pour faire trancher la question en faveur du partage.

Au point de vue des effets généraux, il y a encore lieu de distinguer la vente du partage. De droit commun, et sauf convention contraire, le vendeur ne doit procurer que la possession paisible de la chose vendue. En la procurant, il accomplit tout ce qu'il doit, peut exiger son prix, et quand il l'a reçu, n'est pas exposé à le rendre, toujours sauf le cas de mauvaise foi de sa part. L'obligation du copartageant est plus étendue, car le partage est un contrat *do ut des*, caractère qui se retrouve dans le partage amiable. Le copartageant, pour se libérer de ce qu'il doit, est tenu de procurer la propriété, non plus seulement la possession. Je suppose que Secundus ait payé ce qu'il avait promis. Il apprend que la maison appartenait en réalité à Tertius et n'était pas héréditaire. Il peut répéter de suite de Primus ce qu'il lui a payé, car il y a eu paiement de l'indû. A un autre point de vue, il est vrai, l'obligation du vendeur est plus étendue que celle du copartageant. L'un et l'autre doivent une caution *de evictione*. Mais le vendeur la doit plus complète que le copartageant, car, sauf exception ou convention contraire, cette caution

est du double du prix de vente. Au contraire, il ne semble pas que le copartageant doive promettre le double, car une pareille promesse risquerait trop de rompre l'égalité, base du partage. En outre, s'il y a vente, les actions dont on pourra se servir seront les actions de la vente, tandis que s'il y a partage, les héritiers auront l'action *præscriptis verbis*.

Dans l'hypothèse de la vente, quand le contrat est au comptant et sans terme, la tradition de la chose par le vendeur à l'acheteur, avant le paiement du prix, sera réputée faite sous la condition suspensive du paiement intégral du prix. En sorte que, si Secundus ne paie pas, Primus pourra revendiquer ce qu'il lui a livré et en reprendre possession *pignoris jure* (Inst. II, 8-1). Au contraire, pour le partage, quoique la même présomption soit équitable, on ne peut en affirmer l'existence d'une manière certaine.

Si le titre d'acquisition du co-propriétaire qui a reçu l'intégralité d'une chose indivise est une vente, pour pouvoir invoquer l'usucapion, les Romains exigent la bonne foi, non seulement au jour de la tradition, mais aussi pour des raisons encore inconnues, au jour du contrat lui-même. Cette règle, qui ne peut guère s'expliquer rationnellement, ne doit pas être étendue au partage. On exigera donc la bonne foi seulement au jour de la prise de possession dans le partage amiable ; dans le partage judiciaire cette différence perd son intérêt, car l'adjudication transfère par elle-même la propriété.

Enfin la vente se distingue du partage au point de vue des causes de rescision et de résolution. La vente n'est rescindable pour lésion que quand elle a

pour objet un immeuble, et la lésion doit être de plus de moitié. Le partage, lui, est redressable, lorsque l'un des copartageants est lésé. Ce dernier peut se plaindre, demander des dommages et intérêts, même si le partage ne porte que sur des meubles, les textes ne distinguant pas. De plus le taux de la lésion n'est pas déterminé législativement, mais est laissé à l'appréciation du juge. Pendant que la vente, de droit commun et sauf convention contraire, n'est pas résoluble pour inexécution des obligations de l'une des parties, notamment pour défaut de paiement du prix, l'opinion générale admet en revanche, au moins à une époque ancienne, que le partage amiable pouvait être attaqué par la *condictio ob causam datorum*, en cas d'inexécution partielle.

En principe, et à moins que le contraire ne soit manifestement démontré, il faut dire que l'opération intervenue entre les cohéritiers est un partage, et en suit toutes les règles. En dehors des conditions extérieures, les opérations juridiques se distinguent souvent les unes des autres par l'intention des parties. Bien que l'une d'elles se dépouille d'un bien en échange de sa valeur pécuniaire, on ne retrouve pas ici l'*animus emendi*, l'*affectio venditionis*. Ce qu'on veut, c'est non pas acheter et vendre, mais faire cesser l'indivision. Il ne faudrait d'ailleurs pas dire qu'on ne consent pas dans l'adjudication et qu'il n'y a pas de vente sans consentement. Cet argument ne serait pas concluant, car il y a des ventes non volontaires, comme les ventes sur saisie. Le premier argument est suffisant et les textes viennent le confirmer, et en particulier le sui-

vant dû à Papinien (L. 34-D. X-2) : *Servos inter coheredes tempore divisionis æstimatos non emendi, sed dividendi animo pretiis adscriptos videri placuit, quare suspensa conditione mortuos tam heredi, quam fidei commissario deperiisse*. Cujas présente ainsi l'espèce de ce texte d'après les Basiliques. Un testateur a institué deux héritiers, Caius et Mævius, en grevant le premier, au profit de Sempronius, d'un fidéi-commis d'hérédité portant sur toute sa part héréditaire, mais la restitution n'est due que si une certaine condition se réalise. Caius se trouve avoir droit à une quarte en vertu du sénatus-consulte Pégasien. La condition étant encore pendante, les deux héritiers, on a vu que cela était possible, se partagent la succession. Ils estiment les esclaves de la succession et les mettent tous au lot de Caius en le chargeant de payer à Mævius la moitié de leur valeur. On suppose un partage amiable, mais il n'y a aucune raison de supposer une solution différente en cas de partage judiciaire. Les esclaves estimés meurent *pendente conditione*, puis la condition se réalise. Quel est alors le droit de Sempronius ?

Peut-il demander que Caius, le grevé, lui restitue la valeur des esclaves morts fortuitement, *pendente conditione*, en retenant bien entendu la quarte à laquelle il a droit ? Pour une moitié indivise, celle qui constitue la part héréditaire de Caius dans ces esclaves, et que Caius tient du défunt, certainement Caius n'en doit pas la valeur à l'appelé. Il est en effet dans la situation d'un héritier grevé d'un legs de corps certain. Le corps certain périssant, périt pour le légataire et pour la quarte de

l'héritier. Ici Caïus, devenu co-propriétaire des esclaves par l'addition d'hérédité, perd la quarte qu'il aurait pu retenir sur sa part de co-propriété des esclaves, et l'appelé en perd les trois autres quarts. Faut-il appliquer cela à l'autre moitié des esclaves, celle de Mævius? Ce qui peut causer un doute, c'est que, pour cette moitié, Caïus paraît bien être un acheteur, le prix de son acquisition étant l'argent promis à son cohéritier aliénateur. Or, dans la vente, les risques sont pour l'acheteur. Le fidéi-commissaire est par suite tenté de faire le raisonnement suivant. Caïus a à ses risques la moitié des esclaves comme l'ayant achetée; il en doit alors la valeur. Mais Papinien n'admet pas un pareil raisonnement. Entre les cohéritiers il y a eu, non pas vente, mais partage. Par conséquent, même pour la moitié que Caïus tient de Mævius, il faut en faire supporter les risques à l'appelé. Les esclaves auront donc en totalité péri et pour le grevé qui perd sa quarte et pour le fidéi-commissaire. A l'appui de cette solution, il ne faudrait d'ailleurs pas ajouter au raisonnement qui précède, comme le fait cependant Cujas, un argument tiré de ce que, en supposant le partage judiciaire, il n'y a pas vente, car il s'agit d'un acte nécessaire et non volontaire. On a déjà répondu à cet argument, qu'il peut y avoir des ventes forcées.

Les glossateurs avec Accurse présentent autrement l'espèce du texte. Caïus et Mævius seraient tous deux grevés conditionnellement d'un fidéi-commis portant sur les esclaves. Le partage a lieu immédiatement. Caïus reçoit tous les esclaves dans son lot, et s'oblige à payer à Mævius la moitié de leur valeur, mais le paiement n'aura lieu qu'après

la défaillance de la condition. Les esclaves meurent *pendente conditione*. Ils sont d'abord morts pour l'appelé. Cela est certain, car tout individu gratifié d'une libéralité en est privé, si les objets qui lui ont été donnés périssent fortuitement. Mais les esclaves sont morts aussi pour l'héritier, dit le texte. De quel héritier s'agit-il ? C'est de l'héritier créancier du prix, de Mævius. En effet, Mævius ne peut plus rien réclamer à Caius. Si les esclaves étaient encore là, Caius les devrait à l'appelé ; Mævius n'en aurait rien. Il ne peut rien réclamer non plus, les esclaves étant morts. Il perd donc sa créance, ce qui tient à ce qu'il n'était pas en réalité un vendeur, car les risques sont pour l'acheteur, mais bien un co-partageant. Quoique Cujas ait essayé de réfuter cette explication, elle est peut-être à tout prendre préférable à la première. Ce ne sont pas du reste les seules qui se soient produites. Cujas mentionne encore l'existence de trois autres, mais il leur attache peu d'importance et ne les indique même pas.

Ainsi donc, quoiqu'il y ait d'un côté de l'argent et de l'autre une chose, il pourra y avoir partage et non vente, que l'opération soit amiable ou judiciaire. L'*animus dividendi* se distingue par suite de l'*animus emendi*. Contre cette doctrine il n'y a pas d'objection sérieuse à tirer d'une Constitution de Caracalla (C. I. C. III-38) : *Divisionem prædiorum vicem emptionis obtinere placuit*. Le texte est trop laconique pour être topique. Il se réfute, en outre, en le comparant avec une autre Constitution, qui tient le même langage et qui se sert, dans une hypothèse voisine, des mêmes termes, auxquels cependant il est impossible de s'attacher littéralement (C. 2. C.

IV-64) : *Permutationem re ipsa, utpote bona fide constitutam, sicut commemoras, vicem emptionis obtinere, non est juris incogniti*. Quoique l'échange *vicem emptionis obtineat*, ce n'est pourtant pas une vente. Entre les deux opérations il y a de nombreuses différences analogues à celles de la vente et du partage. Le partage n'est donc pas plus une vente que ne l'est l'échange. Que veulent alors dire les deux textes cités? Ceci seulement, à savoir qu'il y a des analogies nombreuses entre les opérations en question, la vente d'une part, le partage et l'échange de l'autre. Ce sont là des opérations à titre onéreux, donnant lieu à garantie pour éviction ou pour des vices rédhibitoires. En outre Caracalla fait allusion à l'effet translatif du partage.

Au lieu d'attribuer de lui-même un bien en entier à l'un des cohéritiers, le juge peut, pour faire cesser l'indivision, recourir à la licitation proprement dite, c'est-à-dire à la mise aux enchères du bien en question qui devient la propriété du plus offrant, moyennant une dette d'argent mise à sa charge. Les règles du droit romain sur la licitation sont malheureusement peu précises, et les textes ne permettent pas toujours de résoudre les difficultés qui se soulèvent à ce sujet.

Un premier point à examiner, est celui de savoir si le juge peut liciter seulement lorsque les biens héréditaires sont impartageables, ou tout au moins difficilement partageables. Il faut répondre que le procédé de la licitation n'est ouvert au juge qu'à défaut de partage en nature. En principe, c'est le devoir du juge de ne recourir aux procédés exceptionnels de mise aux enchères, d'attribution de la chose

à un seul copartageant, que lorsqu'il ne peut procéder autrement. L'article 832 Civ. reproduit cette règle. Cependant, il ne faut pas aller trop loin. Cela ne paraît pas en effet être pour le juge un devoir absolument impérieux, de ne liciter que lorsque le partage en nature est impossible. Il a des pouvoirs très étendus, il doit se laisser guider par l'intérêt bien entendu des copartageants, comme le montre la loi 22 (I, D. X-2), qui permet au juge d'attribuer la même chose à plusieurs cohéritiers, lorsque cette chose a fait à leur profit l'objet d'un legs *per præceptionem*, l'adjudication pouvant être faite individuellement, ou comprendre pour chacun une partie déterminée de la chose léguée. Le texte continue en disant : *sed potest etiam, licitatione admissa, unam rem adjudicare*. Il semble bien qu'il s'agit ici d'une chose partageable en nature, car, plus haut, on la suppose attribuée par parts divisées aux cohéritiers. Et cependant le jurisconsulte Pomponius autorise la licitation. C'est donc qu'il n'y a pas de règle impérative à poser. Le juge est le maître d'agir comme l'exige l'intérêt des héritiers, sans commettre d'excès de pouvoir, quoique son devoir lui prescrive de donner toujours la préférence au partage en nature.

La licitation peut avoir lieu au profit d'un copartageant comme au profit d'un étranger. Suivant quelles règles les étrangers peuvent-ils être admis aux enchères ? On ne le sait pas au juste. Il est probable qu'il n'y avait pas de principes juridiques à cet égard, et, qu'à défaut d'entente entre les copartageants, le juge admettait ou n'admettait pas les étrangers, selon ce que lui commandait l'intérêt des parties. Quand un partage avait besoin d'un *decre-*

tum magistratus pour être valable, le magistrat ne devait sans doute accorder le *decretum* qu'à la condition que les étrangers seraient admis à la licitation. Plusieurs textes parlent de cette admission en fait, et notamment le suivant (L. 78-4. D. XXIII-3), dû à Tryphonnius. Il s'agit d'un fonds commun qui a été constitué en dot pour une part indivise. Le copropriétaire du mari intente l'action en partage et le fonds lui est adjugé. La dot comprend alors la somme à laquelle il a été condamné envers le mari; elle devient mobilière et échappe à la loi Julia. Avant Justinien, sa restitution ne peut être exigée immédiatement du mari qui a, pour se libérer, trois termes à un an d'intervalle. Cette transformation de l'obligation du mari ne peut avoir lieu que s'il a subi le partage. S'il l'avait provoqué, il n'en serait plus de même, à moins qu'il n'ait agi avec l'autorisation de sa femme, autorisation nécessaire dans certains cas, ainsi qu'on l'a vu. Le texte continue en disant : *aut si omissa* (entre les héritiers, un manuscrit porte *admissa*) *licitatione extraneo addictus is fundus fuerit*, la dot sera alors une portion du prix de la vente, et sera soumise aux règles qui viennent d'être énoncées. Elle sera donc, depuis Justinien, restituable un an après la cessation du mariage. Le jurisconsulte suppose, en dernier lieu, que le fonds est adjugé au mari. La partie donnée en dot reste dotale, mais le surplus devra être également compris dans la restitution due par le mari, à la condition que celui-ci recevra comme prix ce qu'il a dû payer au copropriétaire. Justinien ne parle que de la restitution en cas de divorce, mais c'est par suite d'une négligence qu'il n'a pas rectifié le texte de Trypho-

ninus, à l'époque duquel le divorce était peut-être seul une cause de restitution, alors que, sous Justinien, la dot est toujours restituable, une fois le mariage dissous. Quoiqu'il en soit, pour ne pas rétablir l'indivision, la restitution du fonds entier est obligatoire ; c'est un droit pour le mari comme pour la femme. Cependant, tant que dure le mariage, est seule dotale la partie du fonds constituée en dot, et pour le surplus, il appartient au mari comme tout autre bien acheté par lui.

La Constitution 3 (C. III-37) prévoit aussi la possibilité pour les étrangers d'enchérir. Après quelques règles générales sur la manière de faire le partage, elle termine par ces mots : *ad licitationem nonnunquam etiam extraneo emtore admissio, maxime si se non sufficere ad justa pretia alter ex sociis sua pecunia vincere vilius licentem profiteatur*. Un des cohéritiers est pauvre et ne peut se porter adjudicataire. Le juge admet alors les étrangers à la licitation.

Comment avait lieu cette admission dans l'action *familiæ erciscundæ* ? Le partage s'effectuait dans la forme ordinaire des actions. Or, le juge n'a de pouvoirs dans un procès qu'au profit et à l'encontre des parties en instance. Ces parties au profit desquelles il peut seulement adjuger, sont évidemment les cohéritiers. Comment le juge pourra-t-il alors déclarer un étranger adjudicataire et le condamner à payer son prix ? Ce point de procédure ne nous est pas connu. On a pu faire seulement quelques conjectures. L'une d'elles est fondée sur le passage précité de Tryphoninus qui emploie l'expression *adjudicare* quand un co-propriétaire est enchérisseur et celle

d'*addicere*, quand c'est un étranger. Cette différence dans les expressions est, dit-on, intentionnelle. L'adjudication est une attribution faite par le juge au profit d'une partie, tandis que l'*addictio* n'est pas à l'époque classique, l'œuvre du juge, mais bien celle du magistrat, *qui dat, dicit, addicit*. Le magistrat *addicit* notamment dans l'*in jure cessio*. Voici ce qui doit alors se passer. Le juge règle les conditions des enchères, admet les étrangers, puis les enchères ont lieu dans des formes que l'on ne connaît pas bien. Tout n'est pas terminé pour cela. Les cohéritiers avec l'étranger, dernier enchérisseur, vont devant le magistrat qui prononcera l'attribution de la propriété au profit de l'étranger. Ce sera une *in jure cessio*. Cette explication, assez plausible à l'époque classique, devient insuffisante sous Justinien, l'*in jure cessio* ayant disparu. On ne sait plus alors ce qui doit arriver. Avec ce système il n'y a pas d'adjudication proprement dite au profit d'un étranger, ni par suite de condamnation judiciaire contre lui. Ce seront les actions de la vente que les cohéritiers auront pour se faire payer. Il n'y a pas partage, mais vente véritable. Au contraire, quand c'est un cohéritier qui l'emporte aux enchères, le partage subsiste pour les raisons énumérées plus haut à propos de l'attribution faite à un seul de la totalité d'un bien héréditaire.

On vient de voir les différents procédés mis à la disposition du juge pour faire cesser l'indivision des choses corporelles.

C'était par l'adjudication qu'il devait en principe opérer. L'adjudication était d'ailleurs possible pour toutes les choses héréditaires, même pour celles dont

la vente était défendue, sauf cependant les exceptions déjà mentionnées.

Ainsi la loi 19 (3, D. X-3) permet au juge d'ordonner la licitation, pour l'adjuger au plus offrant et dernier enchérisseur, d'un esclave en fuite, bien qu'une loi Fabia ou Favia *de plagiariis* ait établi une peine contre ceux qui vendaient sciemment un homme libre ou un esclave fugitif. Si le juge ne recourait pas à l'adjudication proprement dite, ses dispositions restaient en revanche sans effet. Si par exemple il réservait à des mineurs pour leur service personnel des esclaves héréditaires, ceux-ci ne sont pas réellement partagés, mais restent au contraire communs à tous les héritiers (L. 31, D. X-3).

Avant de passer à l'examen des devoirs du juge en ce qui concernait les droits incorporels, et en particulier les créances, l'usufruit, le gage, il reste à mentionner diverses stipulations accessoires de l'adjudication.

Ainsi le juge devait veiller à l'exécution des dispositions testamentaires du défunt, alors même que celles-ci ne constituaient pas des legs ou des institutions d'héritier. C'est ce que déclare Pomponius dans la loi 18 (2, D. X-2), à propos de la clause d'un testament exigeant qu'un esclave soit vendu pour être exporté, ou qu'un monument soit élevé au testateur. Si l'action en partage ne pouvait pas ou plus être intentée pour une raison quelconque, les cohéritiers auraient, semble-t-il, à leur disposition une action *præscriptis verbis*, afin d'obtenir l'érection du monument ou la vente de l'esclave. Le juge n'était d'ailleurs tenu de suivre le testament qu'en tant qu'il exprimait la dernière volonté du testateur, sa

novissima voluntas. Si depuis il a changé d'avis, et que ce changement soit prouvé, preuve qui pouvait se faire de manières très diverses, le juge n'était plus lié par la lettre du testament, ainsi que le proclame l'empereur Alexandre dans la Constitution 5 (C. III-36), où il approuve la conduite d'un juge qui, pour ne pas exécuter les clauses d'un testament ordonnant la mise aux fers d'un esclave, et la vente d'un autre, s'était appuyé sur des actions postérieures de ces esclaves, lesquelles étaient de nature à fléchir la colère de leur maître et faisaient présumer un changement de volonté.

Le juge doit également statuer sur le sort des titres de famille et de l'original du testament. Ces pièces ne peuvent faire l'objet d'une adjudication prononcée par le juge ou d'une mise aux enchères, car elles ne constituent pas un actif proprement dit, et peuvent en outre être nécessaires à tous, comme le déclarent Ulpien et Pomponius (L. 6, D. X-2 — C. 5. C. III-38). Plusieurs textes nous disent qu'en général les papiers de famille sont attribués à l'héritier qui a la plus forte partie des biens; les autres en auront des copies, et le premier leur donnera caution de représenter les originaux quand cela sera nécessaire. Si tous les héritiers ont des parts égales et ne s'accordent pas sur le choix de celui entre les mains duquel doivent rester les titres et papiers, le juge peut leur faire tirer au sort, ou nommer au scrutin, un dépositaire. Il a le droit d'ailleurs de déterminer directement celui-ci quand les parties ne peuvent s'entendre, en observant seulement qu'à mérites égaux, la préférence doit être donnée au plus âgé sur le plus jeune, à celui qui est le plus élevé en di-

gnité sur celui qui l'est le moins, à un homme sur une femme et à un homme ingénu sur un affranchi (L. 6. D. XXII-4). En outre le juge peut, s'il le juge à propos, ordonner le dépôt des titres dans un édifice sacré par analogie avec ce qui avait lieu pour les titres publics, qui étaient déposés dans le temple de Vesta. Quand l'hérédité était vendue, c'était ce qui avait ordinairement lieu. On faisait au préalable une copie des pièces dont on déposait les originaux. Les mêmes règles s'observaient en ce qui concerne le testament du *de cuius* qui était, soit déposé dans un lieu public, soit confié à l'un des héritiers, qui n'était alors tenu que d'en remettre une copie (L. 4-3. D. X-2).

On a vu, dans ce qui précède, que le juge pouvait obliger l'héritier dépositaire des titres de famille à en garantir la restitution par une caution. Ce n'est là que l'application d'une théorie plus générale. Dans des cas très nombreux le juge pouvait et devait même faire garantir l'exécution des obligations contractées par les héritiers au moyen de cautions.

C'est même là une des caractéristiques des actions de bonne foi que ce pouvoir donné au juge, comme le dit la loi 38 (D. XVII-2) : *Pro socio arbiter prospicere debet cautionibus in futuro damno vel lucro pendente ex ea societate, quod Sabinus in omnibus bonæ fidei judiciis existimavit*. Quand les héritiers étaient tenus solidairement d'une dette, ils se devaient réciproquement caution, afin que celui qui sera actionné et paiera la dette, puisse se faire indemniser par les autres pour leur part et portion. Il en était de même, lorsqu'une obligation héréditaire était garantie par une clause pénale, ou qu'une

peine était encourue par le fait de l'inexécution d'une obligation par un seul héritier. Cet héritier devait indemniser les autres, et celui qui payait entièrement la peine stipulée avait le droit de se faire rembourser ce qui excédait sa part; les cautions que le juge avait fait donner permettaient l'exercice de ces recours entre cohéritiers (L. 25-10, 12 et 13. D. X-2). Il y avait aussi lieu à des stipulations, comme on le verra, lorsque le juge, au lieu de respecter la division qui s'était établie de plein droit pour les dettes et les créances, les attribuait à un seul héritier. Mais la caution la plus importante à fournir par les cohéritiers était la *cautio de evictione* destinée à sanctionner l'obligation de garantie qui est, sinon de l'essence, au moins de la nature du partage. Sans cette caution la garantie existait, il est vrai, et les cohéritiers évincés pouvaient exercer leur recours par l'action *præscriptis verbis*, l'œuvre du juge étant assimilée à un contrat fait directement entre les parties (L. 14, D. X-2). Mais avec la caution c'était l'action *ex stipulatu* qui intervenait; en outre la garantie était, non plus nécessairement de la valeur de la chose au moment de l'éviction, mais en général d'une somme d'argent fixée par le juge d'après l'estimation donnée par lui aux choses héréditaires (L. 25-21, D. X-2). C'est au moins ce que l'on suppose par analogie avec ce qui se passait pour la vente. D'ailleurs, s'il en était autrement, l'action *ex stipulatu* ferait double emploi avec l'action *præscriptis verbis*, et l'on peut de plus remarquer que Paul mentionne la caution en cas d'éviction, immédiatement après l'obligation d'estimer chaque chose à sa juste valeur (L. 18-2, D. X-3). Il y a doute sur le

point de savoir si la caution était du double comme en matière de vente. On a admis l'affirmative en se fondant sur un passage de Pomponius qui range la *stipulatio duplæ* parmi les stipulations communes qui peuvent être ordonnées soit par le juge, soit par le magistrat (L. 5, pr. D. XLV-1). Mais pour que cette hypothèse soit exacte, il faudrait que l'action *familiæ erciscundæ* fût la seule dans laquelle le juge pourrait ordonner la stipulation du double, et à laquelle par conséquent ferait allusion le texte. Or la loi 14 (1, D. IX-4) relative à l'action noxale prévoit, à propos du *statuliber*, une autre circonstance où le juge peut ordonner une stipulation du double. En outre, Pomponius ne fait peut-être allusion qu'à la caution due par un étranger devenu adjudicataire à la suite d'une licitation, et qui doit alors, comme tout acheteur, une caution du double. On a déjà vu d'ailleurs que le partage ne pouvait pas être assimilé à la vente, qu'il en restait distinct, même dans les hypothèses où la ressemblance extérieure des deux opérations est la plus frappante.

La caution du double aurait le grave inconvénient de rompre l'égalité entre les cohéritiers au profit de celui qui se trouve évincé, alors que tous avaient commis la même erreur, relativement à la propriété de la chose évincée. Il faut donc admettre que la caution était seulement de la valeur de la chose telle qu'elle était fixée par le juge. Le cohéritier avait intérêt à l'invoquer si la chose avait diminué de valeur, et en outre il ne pouvait invoquer qu'elle seule, lorsqu'il connaissait le danger de l'éviction au moment du partage, car alors l'action *præscriptis verbis* cessait d'exister (C. 7. C. III-38). Il importe

de remarquer en dernier lieu que le juge, qui pouvait ne pas faire donner la caution *de evictione* s'il la trouvait inutile, pouvait même aller plus loin, et faire écarter absolument par une convention formelle la garantie entre les cohéritiers. Telle est au moins la doctrine qui a été soutenue par certains interprètes. La garantie n'était pas en effet de l'essence du partage. Comme dans un partage amiable les copartageants étaient libres de ne pas l'admettre, il n'y a aucune raison pour ne pas donner au juge le même pouvoir. On peut contester ce système qui repose sur une assimilation peut-être trop absolue entre le partage judiciaire et le partage amiable, quant aux clauses qui pouvaient y être contenues. L'absence de garantie transforme le partage en acte aléatoire, et si une pareille transformation est admissible, lorsqu'elle vient de la libre initiative des parties, il est plus difficile de reconnaître à un juge le pouvoir de l'effectuer, surtout en l'absence de textes. En tous cas il est évident qu'il ne devait user de ce pouvoir qu'avec la plus grande circonspection et en particulier ne pas l'exercer dès qu'il se trouvait des incapables au nombre des cohéritiers.

Le juge de l'action *familiæ erciscundæ* avait aussi à sanctionner accessoirement certains droits qu'avaient réciproquement les co-propriétaires. Ainsi, lorsqu'il était nécessaire de réparer un bien commun, par exemple un mur, de le démolir pour le reconstruire ou d'y appuyer quelque chose, et que les cohéritiers n'étaient pas d'accord à ce sujet, c'était le juge qui devait trancher la difficulté (L. 12, D. X-3). Mais il faut observer que la demande d'un cohéritier ne pouvait être accueillie, que si elle avait pour

but de maintenir ou de consolider l'état de choses existant, la préférence devant être donnée à celui qui propose de faire les travaux de la manière la plus convenable, *magis idonee* (L. 41, D. XXXIX-2). S'il s'agissait d'une innovation, le juge devrait au contraire repousser la demande qui lui est faite par un héritier malgré l'avis des autres, et au besoin lui interdire de continuer les travaux qu'il a commencés. Plusieurs textes mentionnent en effet l'action en partage, plus particulièrement l'action *communi dividundo*, car c'est en général à propos d'une chose individuelle que la question se présentait, comme sanction du *jus prohibendi* (L. 3-2 et 1, D. XXXIX-1). L'action en partage et le recours au prêteur sont les deux moyens mis à la disposition des co-propriétaires à l'exclusion de la *novi operis nuntiatio*, procédé extraordinaire qui n'est admis qu'à défaut de tout autre. Il est vrai qu'on a prétendu que l'action à intenter n'avait pas pour but de faire cesser l'indivision, mais se restreignait uniquement à la sanction du *jus prohibendi*, une *præscriptio* mise en tête de la formule devant permettre l'exercice à nouveau de l'action lorsque l'on désirera sortir de la *communio*. Mais cette hypothèse est loin d'être certaine. Elle est contraire, surtout pour l'action *familiæ eriscundæ*, au principe déjà énoncé, qui ne permet de l'exercer qu'une seule fois, rien ne faisant allusion à la possibilité d'une *præscriptio* devant la formule. Il est dès lors probable que c'est en faisant cesser l'indivision que le juge statuera sur le différend qui s'est élevé entre les co-propriétaires. Il statuera d'ailleurs au fond, car l'action n'est pas ici un moyen possessoire. C'est l'interdit *uti possidetis*, ou *quod*

vi aut clam que les parties devront employer, si elles ne veulent pas plaider au pétitoire (L. 12, D. X-3). Par l'action en partage, nous dit Paul (L. 26, D. VIII-2), le cohéritier obtiendra que tel ouvrage ne soit pas fait, ou que l'ouvrage qui a été fait soit détruit, pourvu que cette destruction soit dans l'intérêt de tous. Les actions négatoire et confessoire ne peuvent être intentées dans le même but, car elles sont relatives aux servitudes, et en vertu de l'axiome : *nemini res sua servit*, il ne peut y avoir de servitude au profit d'un co-propriétaire sur la chose commune. L'inconvénient de l'action en partage est qu'elle ne permet d'arriver au résultat cherché, la démolition ou l'interdiction de bâtir, qu'indirectement, au moins à l'époque classique. En effet, le juge ne pourra prononcer qu'une condamnation pécuniaire. Il ne défendra pas d'exercer la servitude prétendue, mais invitera le défendeur à promettre à son cohéritier par stipulation de ne pas continuer son innovation. S'il s'y refuse, il le condamnera à payer une somme d'argent très élevée, moyen qui sera en général suffisamment énergique pour lui faire donner la promesse que l'on exige de lui.

On a soutenu, en s'appuyant sur deux textes de Marcellus (L. 11, D. V-8) et de Pomponius (L. 14-1, D. V-8), que l'action en partage pouvait être remplacée dans certains cas par les actions confessoire et négatoire qui alors ne se restreindraient pas aux seules servitudes, mais sanctionneraient également le *jus prohibendi*. Ces textes sont certainement difficiles à concilier avec celui précité de Paul. Il est probable que les jurisconsultes n'étaient pas eux-mêmes d'accord sur la question. On a cherché cepen-

dant une explication. Les uns ont dit que l'action confessoire devait être écartée, mais non l'action négatoire, ce qui est conforme au génie romain toujours avare d'actions. L'intérêt du cohéritier qui veut innover n'est pas assez sérieux pour qu'on vienne à son secours, tandis que l'intérêt de celui qui veut empêcher est plus évident et plus légitime, et qu'il y a dès lors lieu de le sanctionner. D'autres ont soutenu, et ils suivent en cela une scolie des Basiliques due à Stéphane, contemporain de Justinien, que l'action négatoire elle-même n'était pas recevable. Sa formule serait *jus illi non esse faciendi*. Mais à la place existerait une action réelle analogue, dite *prohibitoria*. La formule de cette action serait *jus sibi prohibendi esse*, et elle appartiendrait aux cohéritiers, s'ils ne voulaient pas recourir de suite à l'action en partage. Toujours est-il que Javolenus refuse expressément à des copropriétaires le droit d'intenter une action dont la formule est *jus illi non esse* (L. 4, D. XXXIII-3), et il se fonde sur ce que les droits qu'ils ont leur appartiennent *jure communio-nis* et non pas *jure societatis*.

Le cohéritier qui a consenti à ce que son cohéritier fit une innovation ne peut plus venir réclamer après coup par l'action en partage, et on considère comme un consentement le fait de prendre des arrangements relatifs aux travaux à faire (L. 28. D. X-3). Il arrivera d'ailleurs souvent que les difficultés s'élèveront tant sur l'existence de ces arrangements que sur leur caractère; le cohéritier qui a agi pourra en outre prétendre qu'il n'a pas innové, mais s'est borné à user de ses droits de co-propriétaire. Ce sera au juge qu'il appartiendra de terminer

ces contestations. Mais si un co-propriétaire n'a rien fait, alors qu'il pouvait cependant empêcher son co-propriétaire d'agir, il ne perd pas pour cela ses droits d'une façon absolue. Le silence n'équivaut pas à un consentement tacite. Son seul effet est d'interdire au co-propriétaire qui n'a rien dit de réclamer la destruction des travaux, tout en lui laissant le droit d'obtenir une réparation pour le préjudice qui a pu lui être causé. Ce préjudice est la source d'une condamnation, dont la nature et la portée seront examinées plus tard. Lorsque l'inaction du cohéritier ne lui est pas imputable, mais résulte d'un cas de force majeure, par exemple de son absence, ses droits restent intacts, et il pourra obtenir la démolition de l'ouvrage commencé, ou même terminé, par son cohéritier sur le bien héréditaire. C'est ce que dit la fin du texte cité où l'on trouve en particulier les mots *tollere cogitur*. Ces deux mots sont incontestablement exacts sous Justinien, alors que les condamnations ne sont pas uniquement pécuniaires, mais à l'époque classique il est difficile de les appliquer à la lettre, à moins que l'on n'admette l'application de la *manus militaris* après l'*arbitrium* du juge. Si l'on écarte la *manus*, il faudra dire que le juge puise ici dans ses pouvoirs et dans son équité, car l'action ne paraît pas être arbitraire, le droit d'inviter, avant de le condamner, le défendeur à donner satisfaction au demandeur. En vertu de la maxime *omnia judicia sunt absolutoria*, le défendeur sera absous, s'il exécute ce qui lui est demandé. Il s'expose, dans le cas contraire, seulement à une condamnation pécuniaire, mais comme cette condamnation est très élevée, il y a là pour lui une con-

trainte morale, équivalente à une contrainte matérielle, et cela explique en fait le mot *cogitur*.

La succession, on l'a vu, pouvait contenir un droit d'usufruit ou un droit d'usage. Le juge devait également en opérer le partage. Juridiquement cela était impossible, car le partage est translatif, et il s'agit de droits intransmissibles, éminemment personnels. En outre, il est difficile de fixer exactement leur valeur, et de déterminer le montant des condamnations à prononcer au profit de ceux qui se trouveront dépouillés de ces droits par la sentence du juge. Les Romains ont fait fléchir ici les principes dans un but d'utilité pratique, comme ils l'ont fait d'ailleurs en plusieurs autres circonstances. Voici les procédés que nous indiquent pour l'usufruit la loi 7 (10, D. X-3), et pour l'usage, la loi 10 (1. D. X-3). Le juge divise moins l'usufruit lui-même que son exercice. Il ordonnera par exemple à chacun des cohéritiers d'exercer son droit sur des portions séparées, ou louera l'usufruit à un héritier ou à un étranger, le loyer devant être touché par tous en proportion de leurs droits respectifs. S'il s'agit de meubles, il pourra décider que chacun des usufruitiers jouira alternativement pendant un certain temps de ces meubles, en se donnant réciproquement caution de les restituer aux époques convenues, la loi 16 (2, D. X-2) nous apprenant que l'usufruit peut être adjudgé pour en jouir à partir d'une époque fixe, ou jusqu'à une époque fixe, ou bien encore de deux années l'une. Néanmoins (Frag. Vat. 49), Paul déclare que l'adjudication ne peut avoir lieu *ex certo tempore*, la question étant d'ailleurs controversée. Il est possible qu'une exception ait été admise pour

l'usufruit, comme semble le prouver le premier texte cité. Pour l'usage, le prêteur vient également au secours des parties et autorise le juge à donner l'usage à l'un, les autres recevant une indemnité, sans que pour cela le premier paraisse dépasser son droit d'usager, et les autres ne pas exercer le leur, et quoique le droit d'usage ne puisse ni se louer ni se vendre.

Quand le *de cuius* avait reçu un gage, ce gage faisait partie de la succession et était compris dans l'action en partage.

Le juge devait l'adjuger à un des héritiers qui était condamné à payer aux autres héritiers le montant de leur part dans ce gage. Cela était naturel, puisque les autres héritiers perdaient la garantie du gage pour la créance du défunt, créance qui s'était de plein droit divisée entre tous (L. 29. D. X-2). Quand la chose donnée en gage est inférieure à la créance, la condamnation est basée sur le montant du gage, car les héritiers n'auraient pas eu droit à davantage, si le gage fût resté dans l'indivision, et eût été réalisé. Si la valeur du gage dépasse la créance, c'est cette dernière qui limite cependant la condamnation, car le surplus du gage ne dépend réellement pas de la succession. Le cohéritier adjudicataire ne peut être tenu de payer ce qu'il aura à restituer au débiteur, lorsque celui-ci se sera libéré. Il est vrai que dans la loi 7 (12, D. X-3) Ulpien déclare que la condamnation est basée, non sur la valeur du gage, mais sur le montant de la créance; sa décision ne concerne que le cas où le gage dépasse la créance; elle serait injuste dans le cas contraire, et si elle eût été vraiment générale, le ju-

risconsulte se serait certainement donné la peine de chercher à la justifier. Les termes qu'il emploie indiquent même qu'il parle d'une limite supérieure de la condamnation, qui peut ne pas atteindre la valeur de la chose adjugée elle-même, ainsi que cela a lieu habituellement, et non d'une limite inférieure.

L'héritier adjudicataire, quoique créancier seulement pour sa part, avait le droit de refuser la restitution du gage si le débiteur ne lui offrait pas le remboursement intégral de la dette. Il avait pour cela à sa disposition une exception de dol. Le débiteur ne pouvait d'ailleurs pas demander non plus la restitution d'une partie seulement du gage, celui-ci étant indivisible. Il résulte de là que l'héritier ne pouvait réclamer à ses cohéritiers une action pour se faire indemniser, si on ne lui payait que sa part héréditaire dans la créance et qu'il rendît le gage entier ou une partie de celui-ci. Il était, en effet, libre de refuser la restitution tant qu'on ne lui payait pas tout, et s'il subit une perte, il ne peut s'en prendre qu'à lui-même. C'est ce que dit expressément Paul, qui le compare au possesseur d'un gage, lequel, actionné par l'action hypothécaire, a, pour conserver la chose, payé au créancier la totalité de la *litis æstimatio*, ce qui lui donne le droit de repousser la demande en revendication formée contre lui, tant qu'on ne lui rembourse pas ce qu'il a payé. Paul dit même que l'héritier a un droit de plus : *Contra quoque si is heres cui pignus adjudicatum est, velit totum red-dere, licet debitor nolit, audiendus est*. La fin du texte semble encore plus précise; elle déclare que le créancier gagiste, qui se rend adjudicataire du surplus du gage, a une action contre son débiteur pour

se faire rembourser ce qu'il a payé, car il s'agit ici d'une dépense nécessaire faite dans l'intérêt du débiteur dont on a conservé la chose, et comme son mandataire. Il en serait autrement si le créancier, dans l'espèce l'héritier, avait acheté volontairement la part des autres dans le gage, ou encore, ce qui revient au même, avait enchéri au-delà d'une limite raisonnable, *animose*, afin de se faire attribuer le gage à tout prix. L'acquisition est en effet un acte volontaire qui n'est pas opposable au débiteur, alors que l'adjudication est un acte nécessaire, et cette nécessité légitime les dépenses faites par le créancier. L'héritier aura donc une action pour se faire rembourser toute la dette, et pour restituer l'intégralité du gage, action que n'a pas le tiers détenteur d'un bien hypothéqué, car c'est volontairement qu'il a acquitté le montant de la *litis æstimatio*. Il faut seulement faire une distinction selon que le cohéritier adjudicataire a été demandeur ou défendeur au partage. Ce n'est que lorsqu'il a été défendeur que l'adjudication est véritablement un acte nécessaire à son égard, comme on peut l'induire de ce qui a déjà été dit au sujet du mari pour le fonds dotal au sujet des mineurs pour les *prædia rustica vel suburbana*, et par la loi 7 (13, D. X-3) pour le créancier gagiste sur une part indivise, qui partage avec les co-propriétaires de son débiteur. Il est vrai que cette distinction a été critiquée par Demangeat (*Traité du fonds dotal*, p. 296), qui pense que dans l'action *familiæ eriscundæ*, à la différence de ce qui a lieu dans l'action *communi dividundo*, le cohéritier demandeur n'a pas pensé à telle ou telle adjudication, et en particulier à celle du gage, que d'ailleurs cette adjudi-

cation est l'œuvre exclusive du juge, et que ses conséquences ne peuvent dès lors dépendre de la qualité au procès de l'adjudicataire. Quoique cette opinion puisse s'appuyer sur l'absence de toute réserve dans le texte de Paul, et sur ce que ce texte considère néanmoins comme acquéreur nécessaire l'adjudicataire à la suite d'enchères faites de bonne foi, l'adjudication étant cependant en partie volontaire puisque rien n'obligeait le créancier gagiste à mettre des enchères, elle ne semble pas exacte ; rien n'autorise en effet à distinguer entre les actions divisoires, au point de vue de l'influence exercée sur les aliénations du partage judiciaire par la qualité des parties, les textes qui concernent cette influence n'étant nullement restreints à la seule action *communi dividundo*.

A l'égard de l'action à accorder au cohéritier, bien qu'Accurse se prononce en faveur de l'action *negotiorum gestorum*, il vaut mieux, avec beaucoup de commentateurs et notamment avec Cujas et Pothier, admettre qu'il s'agit ici de l'action *pigneratitia contraria*, par laquelle le créancier obtient le remboursement de ses dépenses nécessaires sur le gage, car l'action *negotiorum gestorum* suppose un acte volontaire fait dans l'intérêt d'autrui, alors que le créancier a payé sous l'empire de la nécessité ses autres cohéritiers et n'a entendu faire que son affaire personnelle.

A côté de l'opinion qui précède, s'en place une autre défendue par Machelard (*Textes expliqués*, 1856, p. 156), qui paraît plus conforme aux principes et en particulier à ceux qui tendaient à limiter le

nombre des actions. Le cohéritier n'aurait aucune action, mais seulement une exception. Le mot *contra* n'indique pas une différence avec le tiers détenteur, mais sert seulement de liaison, surtout avec le mot *quoque* qui le suit immédiatement. D'ailleurs le texte ne dit nullement que le cohéritier pourra réclamer la totalité de la dette, mais seulement qu'il aura le droit d'obliger le débiteur à accepter la restitution du gage entier, c'est-à-dire que le débiteur ne sera pas fondé à ne réclamer qu'une partie du gage, ou à n'offrir qu'une partie de sa dette. Quant à la fin du texte, elle vise une autre hypothèse, ce qu'indique le mot *creditor*, remplaçant celui d'*heres*. Il s'agit d'un créancier ayant reçu en gage une part indivise d'une chose, et qui licite avec les co-propriétaires de son débiteur, et nullement comme le fait l'héritier, avec d'autres co-créanciers du même débiteur. Paul fait à la fois une comparaison et une opposition entre ce créancier et l'héritier, comparaison, s'il y a partage suivi d'adjudication, opposition, si le créancier achète à l'amiable le surplus du bien dont une partie seulement lui a été donnée en gage. Lorsqu'il y a partage, le créancier aura une action qui est l'action *pigneratitia contraria*, car en se rendant adjudicataire, il a conservé à son débiteur la chose qui, sans cela, aurait passé à des étrangers sans aucun lien avec ce débiteur. La dépense qu'il a faite étant nécessaire, et faite dans l'intérêt du débiteur, explique l'action qui lui est accordée. Au contraire, quand il s'agit de cohéritiers, le débiteur n'a aucun intérêt à ce que ce soit tel héritier plutôt que tel autre qui possède le gage. Celui-ci ne risque pas d'être perdu pour le débiteur, car il est

affecté à la dette pour la totalité, et pas seulement pour une part indivise.

On a vu que les créances et les dettes se divisaient de plein droit entre les cohéritiers. Théoriquement donc, le juge ne doit pas avoir à s'en occuper; mais pratiquement, il en était souvent autrement. Il pouvait être désavantageux de fractionner les créances ou les dettes, et en outre la disposition de tout l'actif et de tout le passif héréditaires permettait dans certains cas de mieux régler la composition des lots, et d'éviter, ou tout au moins d'amoindrir, les soultes à payer. Aussi la loi 3 (D. X-2) nous dit-elle que quelquefois il entraînait dans les fonctions du juge d'assigner à chaque héritier telle créance *passive* ou *active* en entier, *quia sæpe et solutio et exactio partium non minima incommoda habet*. Il ne s'agit pas ici d'une adjudication véritable, mais d'une simple attribution, et encore cette attribution ne produisait-elle d'effets juridiques qu'entre les cohéritiers et était-elle, en droit au moins, sinon en fait, lettre morte à l'égard des créanciers ou des débiteurs. Ceux-ci conservent la faculté de s'adresser séparément à chaque héritier, s'ils le préfèrent. Seulement l'héritier poursuivi en paiement, ou auquel on offre une libération partielle, appellera en cause ses autres cohéritiers. Pratiquement pour l'attribution à un seul des créances ou des dettes, on employait, sur l'ordre du juge, le procédé du transport des actions et de la *procuratio in rem suam*. S'agissait-il d'une créance héréditaire, le futur créancier unique recevait un mandat de ses cohéritiers, et il poursuivait *partim suo, partim procuratorio nomine*. A l'égard d'une dette, c'était la même chose.

Celui qui était chargé de la payer était aussi poursuivi en son nom pour sa part et au nom des autres pour le surplus. En général des stipulations réciproques l'obligeaient à garantir ses autres cohéritiers, si le créancier s'obstinait à les poursuivre directement en refusant d'admettre le résultat du partage. Mais, même en l'absence de convention spéciale, ses cohéritiers pouvaient agir contre lui par l'action *præscriptis verbis* afin d'être indemnisés, comme le dit la loi 20 (3, D. X-2), à propos d'un partage testamentaire exécuté soit à l'amiable soit au moyen de l'action *familiæ erciscundæ*, aucune raison n'existant pour croire que cette décision soit spéciale au partage testamentaire, le partage judiciaire étant un véritable contrat rédigé seulement par le juge. Cela explique suffisamment la possibilité de l'action *præscriptis verbis*, qui est d'ailleurs admise, on l'a vu, en matière de garantie, également lorsqu'il n'y a pas eu de cautions spéciales.

Des difficultés peuvent s'élever lorsqu'on se trouve en présence de créances ou de dettes indivisibles. Les héritiers peuvent alors agir ou être poursuivis *in solidum*. Que devra faire le juge? S'il s'agit d'une créance, par exemple d'une servitude stipulée par le *de cujus*, chaque cohéritier pourra agir pour le tout, car on ne conçoit pas la division de la servitude. Mais si le débiteur refuse d'exécuter ce qu'il a promis, la condamnation à prononcer contre lui sera, non pas de la valeur de la servitude, mais seulement de la part héréditaire du créancier agissant dans cette valeur, ce qui se comprend, la condamnation pécuniaire étant essentiellement divisible, et devant

dès lors être proportionnée à l'intérêt pécuniaire du demandeur.

Si c'est le *de cujus* qui a promis une servitude, chacun de ses héritiers s'expose à être poursuivi pour le tout, et de plus, s'il ne procure pas cette servitude, il sera condamné pour le tout, et non plus seulement à raison de sa part héréditaire. Le créancier a en effet droit à toute la servitude, et s'il n'obtient pas satisfaction, la condamnation à prononcer en sa faveur est basée sur la valeur, pour lui, de cette servitude, c'est-à-dire sur le préjudice qui lui est causé, et ne dépend nullement de la personne du défendeur. C'est à celui-ci à s'entendre avec ses cohéritiers. S'il est condamné, il pourra se retourner contre eux afin de se faire rembourser de ce qu'il a payé au-delà de sa part héréditaire. Il aura pour cela l'action *familiæ erciscundæ*. Si, au moment du partage, il n'y a pas encore eu de poursuite, le juge devra avoir soin d'obliger les cohéritiers à se garantir réciproquement le remboursement du montant des condamnations qui viendraient à être prononcées contre l'un d'eux pour plus que sa part. Sans cette garantie, aucun recours n'existerait au profit de celui qui paierait, car l'action *familiæ erciscundæ* ne peut être intentée deux fois, et l'action *negotiorum gestorum* n'est pas applicable, le paiement fait résultant d'une condamnation et étant par suite forcé, alors que la gestion d'affaires doit être volontaire. Cependant, on a fini par admettre une action *negotiorum gestorum* utile au profit de l'héritier condamné, quand aucune caution n'avait été stipulée. Je ferai observer en dernier lieu que, pour les créances indivisibles de la succession, il n'était pas

nécessaire de faire donner des cautions aux héritiers, car l'exécution volontaire de l'obligation par le débiteur profitait à tous, même si un seul la demandait, et quand il y avait condamnation, ce n'était que pour la part héréditaire du demandeur.

A côté des adjudications se placent les condamnations. Le pouvoir de condamner était donné au juge après celui d'adjuger, et en était la conséquence nécessaire, en même temps qu'il permettait de régler entre les héritiers les comptes nés de l'indivision.

Les condamnations prononcées peuvent se diviser en deux catégories. Les unes ont pour but de rétablir l'égalité rompue par les adjudications. Chaque fois que le juge adjuge un bien à un des héritiers, il le condamne envers les autres héritiers à leur payer la valeur de leur quote-part dans ce bien. La condamnation suit ainsi l'adjudication. Mais, en vertu du caractère de bonne foi de l'action *familiæ erciscundæ*, le juge devait compenser entre elles les diverses condamnations, et finalement il ne prononçait de condamnation que lorsque, l'égalité des lots en nature n'ayant pas été respectée, certains lots se trouvaient plus importants que les autres. Les attributaires des premiers lots ne devant pas s'enrichir injustement aux dépens de leurs cohéritiers, devaient être condamnés à une soulte, qui résultait d'ailleurs de la compensation opérée entre les condamnations primitives.

Les autres condamnations avaient pour objet de régler les différentes prestations auxquelles les cohéritiers pouvaient avoir droit les uns envers les autres. Le juge avait à statuer sur les prestations réclamées par chaque héritier contre ses cohéritiers.

S'il les reconnaissait fondées, il prononçait une condamnation totale ou partielle, le caractère de bonne foi de l'action lui permettant de tenir compte des exceptions qui étaient de nature à modérer la condamnation. Si les prestations n'étaient pas dues, le juge était tenu d'absoudre le défendeur. L'obligation du juge était donc ici la même que dans une action ordinaire ; elle aboutissait à une condamnation ou à une absolution.

Le juge ne pouvait s'abstenir, sous peine de rendre une sentence irrégulière. Il faut remarquer en outre que la condamnation, comme l'absolution, devaient être prononcées au profit de tous les héritiers sans aucune exception, pour que la sentence fut valable, ce qui se comprend sans peine, puisque les héritiers constituent les parties et ont tous des droits équivalents à l'encontre de l'un quelconque d'entre eux. Cela est vrai d'ailleurs, indépendamment de l'opinion que l'on peut adopter sur l'unité ou la pluralité de formules. C'est ce que dit la loi 27 (D. X-2) : *in hoc judicio condemnationes et absolutiones, in omnium persona faciendæ sunt : et ideo si in alicujus persona omissa sit damnatio, in cæterorum quoque persona quod fecit judex, non valebit : quia non potest ex uno judicio res judicata in partem valere, in partem non valere*. La sentence est donc nulle pour le tout, quand une des parties n'a pas été comprise dans la condamnation. Mais il faut remarquer qu'une sentence peut parfaitement être valable seulement pour partie, lorsqu'elle porte sur des choses indépendantes les unes des autres, comme en donne un exemple la loi 41 (D. X-2). Aussi l'omission d'une prestation ne sem-

ble-t-elle pas devoir entraîner la nullité de la sentence, si celle-ci est régulière à l'égard des autres prestations. Cujas a bien, il est vrai, soutenu le contraire, mais le texte cité à lui seul n'autorise pas une pareille conséquence, qui ne pourrait pas se justifier aussi bien que celle qui vient d'être indiquée plus haut. L'omission d'une partie rend nulles toutes les condamnations, parce que celles-ci s'enchaînent et se tiennent les unes aux autres, et qu'une sentence doit, en règle générale, s'appliquer à toutes les parties en cause. Mais l'omission d'une prestation n'a pas le même effet ; la sentence, qui devrait être rendue sur elle, constitue en réalité une sentence différente et indépendante de celle qui concerne les autres prestations.

Il y a autant de sentences que de prestations en définitive, bien qu'en fait ces sentences se confondent en une seule pour la forme. On conçoit parfaitement la possibilité de leur existence séparée, résultat d'actions distinctes intentées successivement entre les cohéritiers. Cela est si vrai que certaines prestations peuvent donner ouverture à des actions autres que l'action *familiæ erciscundæ*. Aussi ne semble-t-il pas que l'omission d'une d'entre elles puisse avoir sur la sentence plus d'influence que l'omission d'une chose héréditaire, et on a vu que cette dernière omission se réparait facilement en intentant après coup l'action *communi dividundo* sans que le premier partage en fut affecté. On prétend, il est vrai, que les choses héréditaires viennent *generaliter* dans la formule qui ne parle que de l'*hereditas*, tandis que les prestations y viennent *specialiter*. Cela est possible, quoique la formule, telle

qu'elle est restituée plus haut, ne contienne aucune spécialisation pour les prestations. Cujas invoque en outre la loi 25 (20, D. X-2), qui déclare que le juge ne doit rien laisser indivis. Mais c'est là une règle de conduite pour le juge. Si c'était une disposition impérative d'ailleurs, il faudrait l'appliquer aussi bien aux choses héréditaires qu'aux prestations. Aussi ne semble-t-il pas que l'on doive adopter l'opinion de Cujas, qui aurait de plus l'inconvénient d'exposer le partage à de nombreuses causes de nullité et de multiplier les procès.

Quelles étaient les causes des prestations? On peut les trouver brièvement résumées dans un fragment d'Ulpien, relatif à l'action *communi dividundo*, mais qui peut s'appliquer tout aussi bien à l'action *familiæ erciscundæ* (L. 3, pr. D. X-3) : *In communi dividundo judicio, nihil pervenit ultra divisionem rerum ipsarum quæ communes sint, et, si quid in his domni, datum factumve est, sive quid eo nomine, aut abest alicui sociorum, aut ad eum pervenit ex re communi*. On a vu dans ce texte une allusion à la *demonstratio* de l'action en partage; en tous cas il indique nettement les trois causes principales des obligations qui naissent entre les co-propriétaires, et qui ont leur source dans le quasi-contrat d'indivision, ou dans un fait dommageable.

- 1^o Un co-propriétaire peut avoir uni à la chose commune, il en doit réparation;
- 2^o quelque chose peut manquer à son patrimoine pour dépenses faites sur le bien commun dans l'intérêt de tous. Il devient alors, *parte in qua*, créancier des co-propriétaires pour ces dépenses;
- 3^o enfin un co-propriétaire peut avoir fait un bénéfice qu'il s'est approprié exclusi-

vement ; il en doit compte aux autres. Les Institutes de Justinien aux livres 3 (28-3 et 4) et 4 (17-4) mentionnent également ces diverses prestations personnelles, qui ont été souvent résumées dans les termes suivants : *Lucrum vel damnum communicandum est. Damnum sarciendum est.*

Les deux principes qui règlent les rapports entre les cohéritiers sont que nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui, et que l'égalité est la base essentielle du partage. Les bénéfices que l'un des héritiers retire des choses héréditaires doivent, par conséquent, revenir pour partie à ses cohéritiers. Le juge le condamnait donc à payer ce qui excédait sa part dans ces bénéfices. Inversement il condamnait ses cohéritiers à l'indemniser des pertes qu'il avait subies. Ulpien nous indique dans la loi 6 (2-D. X-3) les règles relatives à cette condamnation : *Sive autem locando fundum communem, sive colendo, de fundo communi quid socius consecutus sit, communi dividundo judicio tenebitur : et, si quidam communi nomine id fecit, neque lucrum, neque damnum sentire eum oportet ; si vero non communi nomine, sed ut lucretur solus, magis esse oportet, ut et damnum ad ipsum respiciat.* Le cohéritier qui a loué ou cultivé le fonds commun rend donc compte de ce qu'il a recueilli par l'action en partage.

Comme on va le voir, cela n'a lieu que parce qu'il ne lui a pas été facile de cultiver ou de donner à bail sa part indivise seule. Au contraire, si l'acte du cohéritier pouvait être fait sur sa part seule, c'est, dit Papinien, l'action *negotiorum gestorum* qui interviendra et dont le cohéritier sera tenu. Ce texte

pose donc en principe que chaque cohéritier peut jouir de la chose commune, en user, par exemple habiter la maison héréditaire, faire travailler l'esclave commun, qu'il peut même louer la chose, mais qu'il doit compte à ses cohéritiers. Il y a seulement une distinction à faire, basée sur l'intention qui aura présidé, chez le cohéritier, à la confection de ses actes. S'il a fait lesdits actes pour le compte commun, il ne doit pas seul en avoir les bénéfices, mais il ne doit pas non plus en supporter seul les dépenses. L'acte fait pour rendre service à la communauté est licite, et aux risques de tous pour le bien comme pour le mal. La veille de la récolte, par exemple, la grêle est tombée. Le co-propriétaire qui a fait les frais de la récolte aura droit au remboursement d'une partie de ses dépenses par l'action en partage, de même que, s'il avait pu faire la récolte, il devrait compte de ses bénéfices par la même action. Si au contraire le cohéritier a fait les dépenses, *non communi nomine sed ut lucretur solus*, le caractère de l'acte change ; il devient répréhensible. Aussi le cohéritier ne pourra-t-il plus se faire indemniser de ses dépenses ; il les a faites en effet dans un but de lucre exclusif, et les pertes restent à sa charge.

La fin du texte montre que l'action en partage pour régler les comptes entre les cohéritiers à propos des travaux et actes faits n'est pas recevable, à moins qu'il ne s'agisse d'un de ces actes, en l'absence duquel le cohéritier n'a pu valablement gérer sa part. Autrement, s'il a pu gérer sa part seule, le cohéritier aura l'action de gestion d'affaires et en sera tenu.

La question examinée par le jurisconsulte est donc celle de savoir si le rapport juridique, que l'acte fait

par un cohéritier engendre entre lui et les autres, constitue un rapport de co-propriété ou de gestion d'affaires. Elle se résout par une distinction, selon que l'acte matériel ou juridique accompli sur la chose commune pouvait ou non être fait *pro parte*.

1° L'acte était divisible, décomposable. Le cohéritier pouvait séparer, en l'accomplissant, son intérêt de celui de ses cohéritiers, pouvait n'agir que sur sa part et pour sa part. Ce n'est plus le cas de la co-propriété, mais celui de la gestion d'affaires. Les créances et obligations qui naîtront, seront issues du quasi-contrat de gestion d'affaires. Le cohéritier aura alors l'action *negotiorum gestorum contraria* pour se faire payer ses dépenses, et ses cohéritiers auront contre lui l'action *directa* pour se faire rendre compte des bénéfices réalisés. Cela se comprend. Le cohéritier a agi à la fois sur sa part et sur celle de ses cohéritiers. *Pro parte sociorum*, c'est un *negotiorum gestor*, un gérant volontaire. Il pouvait ne pas faire l'acte qu'il a fait. On peut citer à cet égard l'exemple suivant : Une maison héréditaire commune à Primus et à Secundus menace ruine. Le voisin menacé s'est adressé à Primus et lui a demandé la *cautio damni infecti* pour se faire indemniser du préjudice qu'il peut éprouver. Primus aurait pu ne promettre que moitié de l'indemnité éventuelle ; il a cru cependant devoir promettre le tout. La maison tombe et le voisin demande à Primus, qui s'exécute, le paiement intégral de l'indemnité. Primus n'aura pas l'action en partage pour se faire rembourser la moitié de l'indemnité, mais seulement l'action *negotiorum gestorum contraria*.

2° Je suppose des actes indivisibles, qu'on ne peut

faire sur une part indivise, comme un bail, une culture. Ce n'est plus l'action *negotiorum gestorum* qui servira au règlement, mais l'action en partage. De la part de Primus qui a cultivé ou loué le fonds héréditaire, il n'y a plus d'acte volontaire. Primus devait faire l'acte entier *in solidum* ou s'abstenir complètement. Son intérêt lui a donné le droit de ne pas s'abstenir. Il aura donc l'action en partage, en supposant cependant, comme on le verra, que la dépense, qui motive le recours en indemnité, a été utilement faite.

Il y a deux différences principales entre les deux situations précédentes, toutes les deux à l'avantage de l'action en partage. Tout d'abord cette dernière action est moins sévère, moins rigoureuse que l'action de gestion d'affaires. Le gérant répond envers le maître de sa *culpa levis in abstracto*. Dans l'espèce, le maître est un cohéritier qui pourra ainsi demander compte des imprudences et des négligences que ne commettrait pas un bon administrateur. Dans l'action en partage, au contraire, les cohéritiers ne sont réciproquement responsables que de leur *culpa levis in concreto*. Le cohéritier qui a fait un acte sur la chose commune est irresponsable, est à l'abri de toute critique, quand il a apporté à la gestion de la chose les mêmes soins qu'à sa propre chose, même si ce ne sont pas là les soins d'un bon administrateur. En second lieu, Justinien, tranchant une ancienne controverse, a décidé, peut-être sans grande raison, que celui qui ferait l'affaire de son semblable malgré sa défense expresse, ne serait plus considéré comme gérant, et n'aurait plus de recours en indemnité, ce qui s'applique par exemple au fidéjus-

seur caution de la dette d'autrui malgré la défense du débiteur. Il faut suivre cette règle ici. Primus a fait *in solidum* et malgré l'interdiction de Secundus un acte qui pouvait être accompli *pro parte* ; il n'y aura pas alors de recours pour Primus à raison de ses dépenses. Au contraire l'acte de Primus ne pouvait se faire qu'*in solidum*, et a été ainsi fait malgré Secundus. Primus n'en aura pas moins un recours contre Secundus par l'action en partage.

Plusieurs autres fragments reproduisant la distinction précédente, qui n'est pas contredite par une Constitution de Septime Sévère et Caracalla (3, C. II-19). Les empereurs étaient consultés par un individu qui avait succédé avec son frère à un parent commun. La succession comprenait des dettes, dont les unes étaient garanties par des hypothèques et les autres ne l'étaient pas. Ces dettes se sont toutes divisées *ipso jure* entre les deux frères héritiers de leur parent commun. Chacun d'eux n'est donc plus débiteur que de la moitié de la dette originaire. Un d'eux a cru cependant devoir payer à un créancier la totalité d'une dette. Il a payé alors en partie ce que devait son frère, et en partie ce qu'il devait. Il a un recours pour la première partie, mais à quel titre ? Comme gérant ou comme cohéritier ? Voici comment répondent les empereurs à celui qui a payé et qui les consulte : après que tu as payé pour ton frère une dette de la succession (évidemment chirographaire), tu peux agir contre lui par l'action contraire de gestion d'affaires.

Cela est conforme à ce qui a déjà été vu. Rien n'obligeait le frère à payer pour le tout. L'acte qu'il a fait était volontaire. Mais, continue le texte, si tu

as été forcé de payer l'intégralité de la dette pour libérer un objet héréditaire hypothéqué à cette dette, tu auras aussi la même action, ou bien, si le *judicium familiæ erciscundæ* n'a pas encore eu lieu, tu réclameras la moitié de ce que tu as payé dans ce *judicium*. Primus a payé forcément une dette garantie par une hypothèque. L'hypothèque étant indivisible, le créancier pouvait garder l'intégralité de l'objet hypothéqué tant qu'il n'était pas désintéressé. Primus a voulu dégrever la totalité de l'objet hypothéqué, probablement parce qu'il était dans son lot, et a dû alors payer toute la dette. C'était là un acte indivisible qu'il ne pouvait faire pour partie. Par conséquent ce serait seulement, à ce qu'il semble, l'action en partage qui devrait lui être donnée. Cependant les empereurs lui accordent encore l'action de gestion. La raison de cela se tire des deux différences signalées plus haut entre les actions. L'action de gestion est moins avantageuse pour le créancier que l'action en partage; elle est alors plus avantageuse pour le débiteur. Le créancier, en la choisissant, empire sa position et améliore celle du débiteur. Il n'y aura donc pas de raison pour refuser à Primus l'action de gestion s'il la préfère à l'autre. Le débiteur ne peut certes pas s'en plaindre, car il ne peut souffrir de ce choix.

D'autres textes appliquent la distinction entre la gestion d'affaires et l'action en partage à la vente faite par un héritier d'une chose commune. Si la vente est faite au nom de la communauté par un des héritiers seulement, le prix se partagera par l'action de gestion d'affaires, et par l'action de mandat, si les autres co-propriétaires ont donné un pouvoir ré-

gulier au vendeur. Si la vente a été faite dans les mêmes conditions, mais que la chose ne pût être vendue facilement par parties, c'est l'action en partage qui interviendra, ou encore la pétition d'hérédité, et ces actions serviront même notamment à faire rendre compte au vendeur, s'il a employé des moyens frauduleux pour augmenter sa part personnelle dans le prix (L. 44-2, D. X-2). Enfin, lorsqu'un cohéritier a vendu une chose commune comme lui étant propre et a touché le prix, c'est la pétition d'hérédité qui doit être intentée contre lui, car il s'agit d'un partage de créance (C. 20-C. III, 36 et C. 19-C. II-19).

La règle que les bénéfices retirés par un héritier de la chose commune entrent dans l'action en partage, doit s'entendre d'une manière fort large. Ainsi les bénéfices comprennent notamment le trésor enterré par le testateur et déterré par un des héritiers (L. 22, D. X-2), tout ce qu'un héritier a retiré ou s'est fait promettre relativement à un effet de la succession, même si cet effet ne fait plus partie de la succession lors du partage, se trouve par exemple au pouvoir de l'ennemi (L. 19 et 22-5. D. X-2), ou a cessé d'exister (L. 24, D. X-2). S'il y a lieu, le juge fait donner des cautions quand il s'agit d'un bénéfice non encore réalisé, ou encore d'un bénéfice réalisé, mais susceptible de disparaître, comme le prix d'une chose pour laquelle existe la *spes postliminii*, mais qui peut cependant ne jamais revenir de l'ennemi.

En outre, on ne tenait compte que des bénéfices réalisés depuis l'adition d'hérédité, c'est-à-dire depuis le commencement de l'indivision. Ainsi les fruits perçus avant l'adition ne rentrent pas dans l'action

en partage, à moins cependant que l'héritier qui les a perçus n'ait su qu'ils appartenaien à la succession; car par la perception il a voulu se porter héritier, ce qui équivaut à une adition, ou bien il a cherché à soustraire ces fruits à la masse, et en est devenu comptable envers la succession et par conséquent tenu du rapport (L. 44-3, D. X-2).

Mais si un héritier, en percevant des fruits ou en retirant un profit de la succession, n'a en réalité perçu ou retiré que ce qui lui revenait pour sa part héréditaire, il n'est pas tenu d'en communiquer le profit à ses cohéritiers. Seulement, bien entendu, ces cohéritiers auront droit de leur côté à prélever un profit égal. C'est ce que décide la loi 38 (D. X-2), qui refuse à un des cohéritiers une action contre son cohéritier pour obtenir de lui une part dans les revenus qu'il a perçus, alors qu'il est établi que ces revenus n'étaient pas même égaux à ceux qui lui revenaient à raison de ses droits héréditaires. Peu importe à cet égard que l'un des héritiers ait touché plus que les autres, pourvu qu'il n'ait pas touché plus que sa part.

On a vu que les dépenses faites par un cohéritier pouvaient être recouvrées par lui. Mais cela s'applique-t-il à toutes les dépenses sans exception? Les dépenses faites sur une chose par quelqu'un qui prétend s'en faire rembourser au moins une partie se divisent en nécessaires, utiles et voluptuaires. Cette distinction se rencontre notamment à propos de la dot, lorsque le mari réclame, en restituant la dot, les dépenses qu'il a pu faire (Reg. d'Ulp. 6-14). Ce sont les dépenses nécessaires seules qui lui sont dues, *dotem ipso jure minuunt*. Mais les dépenses

utiles ou voluptuaires ne peuvent être répétées par lui; il a seulement le droit d'enlever, si c'est possible sans détérioration, ce qu'il a fait et construit sur le fonds dotal. Le problème se pose dans les mêmes termes entre cohéritiers et entre co-propriétaires. S'il s'agit de travaux nécessaires, chaque co-propriétaire peut les faire même malgré les autres, car ce sont des actes de conservation. Ce qui en est à la fois la preuve et la conséquence, c'est que le co-propriétaire qui aura fait ces travaux, pourra réclamer de ses co-propriétaires la partie de la dépense afférente à leurs droits. Au contraire les dépenses voluptuaires qui n'ont d'autre but que d'embellir la chose sans en augmenter la valeur et la productivité, le co-propriétaire n'a pas le droit de les faire, et à supposer qu'il les ait faites, il n'a pas le droit d'en réclamer le remboursement, mais les supportera seul. C'est ce que dit Modestinus (27, D. III-5). De deux frères dont l'un était déjà pleinement capable, *suæ ætatis*, et dont l'autre était encore mineur, le frère majeur a, sur les prairies communes déjà pourvues cependant de constructions venant de leurs ancêtres, élevé des édifices considérables. En opérant le partage de ces prairies avec son frère, il a émis la prétention de réclamer les frais faits par lui, sous le prétexte que le fonds avait été amélioré par lui alors que son frère mineur était déjà devenu majeur, *legitimæ ætatis*, c'est-à-dire n'avait plus, en vertu de la loi Plætoria ou Lætoria, le droit de réclamer par un *judicium publicum* contre l'acte qui le lèse, et était, par conséquent, capable d'apprécier l'utilité des actes faits sur les biens héréditaires.

Modestinus refuse toute action au frère aîné à

raison de ses dépenses, parce qu'elles avaient été faites sans qu'il y ait urgence et uniquement *voluptatis causa*. L'action que réclamait le frère était sans doute l'action *negotiorum gestorum contraria*, d'après le titre où se trouve le fragment cité, mais la conclusion à tirer de ce fragment est générale et peut s'appliquer également à l'action *familiæ eriscundæ*.

Il reste à examiner les dépenses utiles, à propos desquelles il s'est élevé une controverse qui dure encore. Ces dépenses, sans être indispensables, accroissent cependant la valeur productive de l'objet auquel elles s'appliquent. Celui-ci est rendu meilleur. C'est ce qui a lieu par exemple pour des travaux d'irrigation dans un champ, ou lorsque l'on fait apprendre une industrie à l'esclave héréditaire. Il est certain qu'un cohéritier ne peut faire seul, sans le consentement de ses cohéritiers, une dépense de ce genre, car ce serait innover, ce que ne permet pas la loi 28 (D. X-2). Il ne peut non plus, par conséquent, réclamer le prix de ce qu'il aura fait. L'analogie avec le mari et la raison commandent également cette solution. Un co-propriétaire ne doit pas pouvoir arbitrairement imposer à son co-propriétaire des dépenses d'argent non indispensables. Ce serait souvent l'obliger, s'il est pauvre, à vendre à bas prix sa part, pour se libérer de son obligation. Cependant un très grand nombre de commentateurs ont enseigné le contraire. Ils sont arrivés à cette doctrine d'une façon déguisée, en s'appuyant sur un paragraphe des Institutes (III-27. *De obligationibus quasi ex contractu*). Si une chose est commune sans société entre plusieurs, dit Justinien,

et que l'un des co-propriétaires soit tenu envers l'autre par le *judicium communi dividundo*, soit parce qu'il a perçu des fruits, soit parce qu'il a fait des dépenses nécessaires, il ne sera pas tenu *ex contractu*, mais on dira qu'il est tenu *quasi ex contractu*. Quoique le texte ne parle que des dépenses nécessaires, il faut, prétend-on, sous-entendre le mot *utiles*.

Cette thèse est spécieuse, mais inexacte. Le co-propriétaire peut répéter ses dépenses nécessaires parce qu'il a le droit de les faire. Mais faut-il dire la même chose des dépenses utiles? On prétend que les Institutes ne parlent des dépenses nécessaires que comme d'un exemple. Il n'en est rien. C'est ce que montre la loi 25 (15, D. X-2) : *Si unus ex coheredibus noxali judicio servum hereditarium defenderit, et litis æstimationem obtulerit, quum hoc expediret, id pro parte hoc judicio consequetur*. Un esclave héréditaire a commis un délit. La victime poursuit *in solidum* un des cohéritiers pendant que l'on est encore dans l'indivision. Le cohéritier, croit qu'il est avantageux de ne pas faire l'abandon noxal. Il se laisse condamner au montant intégral de la peine, au double du préjudice causé. Voilà une dépense nécessaire. Il en est de même, continue le texte, lorsque l'un des héritiers aura donné à un légataire la *cautio legatorum* pour éviter une *missio in possessionem* de ce légataire. La *satisfactio*, pour les légataires à terme ou conditionnels, était un des moyens destinés à les protéger et à assurer le paiement de leurs legs. Un de ces légataires a demandé la *cautio legatorum* à un héritier qui, pour éviter l'envoi en possession, sanction du refus de caution,

a promis d'exécuter intégralement le legs par une *satisfactio*. C'est encore là une dépense nécessaire. Le jurisconsulte termine par ces mots, qui sont en même temps la reproduction d'une règle précédemment indiquée : *et omnino quæ pro parte expediri non possunt, si unus cogente necessitate fecerit, familiæ erciscundæ iudicio locus est*. Cela confirme la solution donnée. Il faut qu'il s'agisse d'une dépense nécessaire, en prenant le mot dépense dans un sens large, pour que le cohéritier puisse réclamer quoi que ce soit à ses cohéritiers. On peut encore citer dans le même sens un autre texte au titre *Pro socio* (67-2, D. XVII-2) : Lorsque l'un des associés a fait une dépense nécessaire sur la chose commune ou dans la gestion de la chose commune, il a recours contre ses associés par l'action *pro socio*, et pourra, en outre, réclamer les intérêts du capital employé, s'il a dû emprunter à intérêts pour faire la dépense. Si au lieu d'emprunter, il s'est servi de ses deniers personnels, il faut dire aussi que l'intérêt de son argent lui est dû de plein droit, car s'il n'avait pas fait la dépense, il aurait sans doute placé son argent d'une façon productive. A propos de la *collatio dotis*, et cela est aussi vrai de la *collatio bonorum*, Ulpien nous dit également que quand une femme ou son mari sont assujettis à la *collatio*, le mari pourra faire distraction de ce qu'il a payé sur la dot à titre de dépenses nécessaires (1-5, D. XXXVII-7). Pas de distraction pour les autres dépenses. La théorie proposée est donc d'une application générale. On ne peut, pour infirmer les textes cités, en invoquer d'autres qui ne distinguent pas et parlent des *sumptus* en général. Il faut, en effet, entendre ces textes

avec les restrictions précédentes, qui sont d'ailleurs commandées par le bon sens.

En outre, le co-propriétaire qui fait des frais sur la chose commune, offre une grande analogie avec le gérant d'affaires. Les Romains eux-mêmes l'ont reconnu, puisqu'il y a des cas où le co-propriétaire ne pourra réclamer ses dépenses par l'action de gestion d'affaires, lorsqu'il s'agit de dépenses divisibles. Or, en matière de gestion d'affaires, pour que le gérant puisse réclamer ses dépenses, il faut que ce soient des dépenses nécessaires. Le gérant ne peut innover, il doit seulement conserver.

On ne doit pas voir d'objection à cela dans la règle qui dit que le gérant ne peut réclamer que les dépenses par lui *utilement* faites. Ce serait jouer sur le mot *utilement*, qui a deux sens. Si donc le gérant n'a que le droit de conserver, on doit en dire autant du co-propriétaire. La conséquence de cela est alors la suivante. Lorsque l'un des cohéritiers fait seul un travail simplement utile, ses cohéritiers peuvent l'en empêcher en vertu du *jus prohibendi* qui leur appartient. Une fois la dépense utile faite, les cohéritiers peuvent contraindre celui qui l'a faite à enlever son œuvre, à rétablir les choses dans leur état antérieur. C'est la règle que consacre de nos jours l'article 1810, C. c. En admettant l'opinion opposée, on a de plus à prendre parti sur une autre question. Quand le co-propriétaire n'a fait qu'une dépense utile, qui n'a pas donné à la chose une plus-value égale à la dépense, pourra-t-il réclamer toute la dépense ou seulement la plus-value ? On n'accorde en général que le droit de réclamer la plus-value, mais il faut avouer que

les textes ne fournissent guère de renseignements à cet égard, et leur silence ne peut s'expliquer, que parce qu'ils n'avaient pas à prévoir cette question par suite du système admis sur les dépenses à rembourser. Encore de nos jours une loi du 21 juin 1865, sur les associations syndicales, distingue les dépenses nécessaires des autres. Quand il s'agit de dépenses nécessaires, on peut forcer la main aux propriétaires récalcitrants ; au contraire, pour les simples améliorations, personne ne peut plus être forcé ; il faut obtenir l'unanimité. Il est vrai qu'on a proposé récemment de mettre de côté à l'avenir cette distinction, mais la question est encore soumise à l'examen du Parlement.

On trouve dans les textes plusieurs exemples d'actes nécessaires, dont les dépenses entrent par conséquent dans l'action *familiæ erciscundæ*, en outre de ceux qui viennent d'être cités. Ainsi, lorsque deux cohéritiers ont été chargés par testament d'ériger une statue, et que l'un d'eux l'a érigée seul, l'autre s'étant abstenu, le partage des dépenses qui sont nécessaires, puisqu'il s'agit d'une obligation imposée par testament, s'obtiendra, d'après Julien, par l'action *familiæ erciscundæ* (L. 44, fin. D. X-2). La loi 18 (6, D. X-2), applique la même règle à l'héritier qui paie un légataire déjà envoyé en possession *legatorum servandorum causa*, afin de lui faire restituer son gage, ce qui se comprend sans peine, puisque celui qui donne une caution pour éviter cet envoi en possession a droit, lui aussi, à se faire indemniser par ses cohéritiers. S'il s'agissait d'un simple créancier gagiste et non plus d'un légataire, le paiement de sa créance, qui lui

aurait été fait pour dégager le gage, donne ouverture à l'action en partage au profit du cohéritier payeur (L. 18-7. D. X-2), car un objet, donné en nantissement, ne peut être dégagé qu'après l'acquittement intégral de la dette. Pour assurer à sa femme la restitution de la dot, qu'il en avait reçue, un mari lui a légué l'usufruit de tous ses biens, tant que la restitution n'aura pas eu lieu. Un cohéritier, pour faire cesser l'usufruit, sorte de gage de la femme, lui a payé la totalité de sa dot, tant pour sa part que pour celle de son cohéritier. Il obtiendra le remboursement de cette dernière part, et peut même, toujours par l'action *familiæ erciscundæ*, obliger son cohéritier à payer directement sa part, lorsqu'il ne l'a pas payée lui-même précédemment (L. 44-7. D. X-2). Le remboursement s'explique, parce que l'usufruit ne pouvait cesser qu'après la restitution entière de la dot. Je citerai encore l'exemple suivant emprunté à la loi 39 (D. X-2). Le fisc, prétendant que la mort d'une personne n'avait pas été vengée par ses héritiers, avait voulu faire déclarer sa succession en déshérence en vertu du sénatusconsulte Silanien et se la faire ainsi attribuer. Un des héritiers prend en main la cause de tous, revendique la succession et triomphe. L'action en partage est ensuite intentée par un cohéritier, qui émet la prétention de refuser le paiement des frais du procès. On peut lui opposer l'exception de dol. Celle-ci est même surabondante, l'action étant de bonne foi ; aussi l'héritier poursuivi a-t-il le droit d'exiger dans tous les cas qu'on lui tienne compte de ce qu'il a dépensé en plus de sa part. Si même le règlement n'a pas été fait dans l'action en partage, il pourra être réclamé

postérieurement par une action spéciale, sans doute l'action de gestion d'affaires, comme le pense Pothier. A l'égard de la mention dans le texte de l'exception de dol, on peut l'attribuer à une inadvertance de Justinien. Scævola, auteur du fragment, parlait de l'action en pétition d'hérédité comme action intentée contre l'héritier qui avait fait le procès. Cela ne change pas d'ailleurs les conclusions précédentes, l'insertion du texte au titre *familiæ eriscundæ* montrant bien que ce qui est vrai de la pétition d'hérédité, l'est aussi de l'action en partage pour le remboursement des dépenses. Or la pétition d'hérédité n'est devenue de bonne foi que sous Justinien. L'exception de dol devait donc être mentionnée expressément à l'époque de Scævola. Il faut observer cependant que, même avant Justinien, la question de la nécessité de l'exception de dol pour la *petitio hereditatis* était contestée, et que les jurisconsultes n'étaient pas d'accord à ce sujet. Il est possible que Scævola ait parlé de cette exception, et de son insertion dans la formule, précisément à cause de la controverse qui s'était élevée et pour écarter tous les doutes. En tous cas Justinien aurait dû supprimer cette mention, devenue superflue par suite des modifications qu'il avait apportées à la législation.

Les dépenses que l'héritier avait le droit de répéter, quand elles étaient nécessaires, pouvaient donner lieu à des intérêts. Ces intérêts ne couraient pas de plein droit, mais à partir du jour de la mise en demeure, car il s'agit ici d'une action de bonne foi. C'est ce que consacre d'ailleurs un rescrit de Sévère et d'Antonin (L. 18. 3, D. X-2).

Pour juger si les dépenses ont été faites utilement, il faut se reporter au temps où elles ont été faites, sans considérer d'ailleurs si la chose qui en a été l'objet a péri ou non par la suite. Ainsi l'esclave donné en nantissement et dégagé par l'un des cohéritiers venant à mourir avant le partage, celui qui a payé n'en obtiendra pas moins son remboursement (L. 31. D. X-2). De même les lois 8 et 25 (D. X-3) nous montrent que celui qui a été condamné pour le tout à raison du pécule d'un esclave, et a payé l'intégralité de la condamnation, a droit au remboursement de ce qui excède sa part héréditaire dans la condamnation, même s'il a payé pour conserver un esclave mort depuis, et à plus forte raison si cet esclave a été remplacé par un autre. C'est au jour où la dépense a été faite qu'on l'évalue, sans tenir compte des diminutions postérieures de la plus-value apportée par la dépense. La perte totale du pécule n'empêche pas le remboursement de ce que l'héritier a payé après avoir été solidairement condamné pour ce pécule, pourvu qu'il n'y ait pas eu de sa faute. Il peut même, pourvu que ce soit sans mauvaise foi ni fraude, abandonner le pécule au demandeur, s'il le trouve plus avantageux pour éviter une condamnation. S'il y a eu faute de la part de l'un des héritiers, si poursuivi, par exemple, il a défendu à l'action alors qu'il aurait dû abandonner le pécule, il supportera seul la perte. De même si c'est au contraire son cohéritier qui a refusé à tort d'abandonner le pécule, il pourra répéter contre lui la moitié de ce qu'il a été condamné à payer et en outre ce qu'il a dû, pour sa propre moitié, payer de plus que s'il eût abandonné le pécule (L. 9, D. X-3). Si l'hérédité ve-

nait à disparaître avant le règlement des comptes entre les cohéritiers pour le pécule, on accorderait à celui qui a payé pour se faire rembourser une action en partage utile, l'action directe n'étant plus possible parce qu'il ne reste rien à partager.

Les dépenses faites par un héritier, ou le dommage par lui éprouvé à l'occasion de la succession, ne peuvent donner lieu à indemnité que s'ils ne résultent pas d'une faute commise par cet héritier. En effet, dit Pomponius, *quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intelligitur damnum sentire* (L. 203. *De reg. jur.*). La loi ne peut donc faire réparer un préjudice qu'elle ne reconnaît pas. Aussi, quoiqu'en principe l'héritier, qui a été condamné à raison d'une *nuntiatio novi operis* faite par un voisin, qui se plaint de ce qu'on ait violé les droits appartenant à son fonds, puisse réclamer à ses cohéritiers leur part dans ce qu'il a payé, il n'obtiendra rien lorsque ce paiement n'était pas utile à la succession (L. 6-12, D. X-3). Ce qui prouve encore, s'il en était besoin, que les dépenses nécessaires seules sont comprises dans l'action en partage. De même, un *de cujus* peut avoir promis que ni lui ni ses héritiers ne troubleront la jouissance d'une servitude, par exemple d'une servitude de passage. L'héritier qui contrevient à cette stipulation et est condamné à payer la clause pénale jointe à la stipulation, ou à réparer tout le préjudice causé à celui qui jouit de la servitude, n'aura pas le droit de se faire indemniser, car il a payé par sa faute ou son inadvertance, *ex facto suo* (L. 44-5, D. X-2). Inversement, si ce sont les autres cohéritiers qui sont condamnés à raison du fait de l'un d'eux, ils pourront lui réclamer ce qu'ils ont

payé par l'action en partage. On verra plus loin d'ailleurs que chaque héritier doit réparer le préjudice qu'il a causé à la succession.

L'action en partage sert en outre, non seulement à obtenir le remboursement des dépenses déjà faites, lorsqu'elles sont justifiées, mais encore à faire condamner les cohéritiers à payer leur part de dépenses nécessaires qui sont imminentes, par exemple pour obtenir le dégagement d'un objet donné en gage, pourvu bien entendu que le cohéritier qui agit ait été déjà condamné à payer ces dépenses ou s'y trouve obligé (L. 18-4, D. X-2). La loi 15 (D. X-3) applique cette règle au co-propriétaire qui a été poursuivi et condamné relativement à un esclave commun; elle autorise même ce co-propriétaire, si on intente contre lui l'action noxale, à se faire livrer de suite par son co-propriétaire sa part dans l'esclave, en donnant toutefois caution de restituer cette part, s'il ne fait pas plus tard l'abandon noxal. A une condamnation dont le montant n'est pas encore acquitté il y a lieu d'assimiler, pour le même motif, les obligations contractées par un cohéritier sous condition dans l'intérêt commun. Seulement ces obligations ne motivent pas en général une condamnation immédiate, mais le juge ordonne aux cohéritiers de donner caution de restituer au débiteur conditionnel leur part dans ce qu'il viendrait à payer (L. 16, D. X-3).

Aux conditions déjà indiquées pour qu'une dépense puisse être comprise dans l'action *familiæerciscundæ*, il faut en ajouter encore une autre, semblable à celle qui était exigée pour le partage du bénéfice fait par un héritier aux dépens de la succession. Il fallait

que la dépense eût été faite pendant l'indivision, c'est-à-dire en général après l'adition d'hérédité. Ce n'est en effet qu'alors que la dépense peut être considérée comme ayant sa cause dans l'indivision (L. 4-3, D. X-3). Ainsi, supposons des cohéritiers envoyés en possession, par un premier décret du magistrat, d'une maison voisine qui menace ruine, et dont le propriétaire refuse la *cautio damni infecti*. Cet envoi en possession n'équivaut pas à une acquisition de la maison, qui ne devient pas héréditaire en quelque sorte par accession; aussi les dépenses que l'un des cohéritiers a cru devoir faire de suite sur cette maison pour la consolider ne peuvent-elles être réclamées par lui par l'action en partage (L. 4, fin. D. X-3). Le cohéritier aura, il est vrai, un droit de rétention pour se faire indemniser. En outre, on a admis un autre tempérament, motivé peut-être, il est vrai, par la rétroactivité du deuxième décret d'envoi en possession, en supposant que cette rétroactivité fût admise par les Romains. Si le magistrat rend un second décret, et que les héritiers *jubeantur possidere*, ils auront la maison *in bonis*, en seront véritables propriétaires prétoriens. Ils pourront faire régler par l'action *familiæ erciscundæ* les dépenses faites pour réparer la maison depuis l'envoi en possession, et même avant cet envoi. Seulement il est possible que, pour ces dernières dépenses, il n'y eût qu'une action utile. Telle est au moins l'opinion de Pothier (L. 5. D. X-3 et L. 15-19, D. XXXIX-2).

La loi 49 (D. X-2) nous offre un second exemple d'action en partage utile accordée pour obtenir le remboursement de dépenses faites avant l'indivision, mais elle a soin de nous dire que cette action est

exceptionnelle et contraire aux principes. Un héritier pour partie a vendu, sur l'ordre du prêteur et avant l'adition d'hérédité, un esclave affranchi sous condition par le testateur, afin de pouvoir enterrer ce dernier. En outre, il a promis à l'acheteur de lui restituer le double de la valeur en cas d'éviction. La condition se réalise, l'esclave devient libre et l'acheteur intente une action contre son vendeur. Ici se pose une première question. Le vendeur doit-il le double de la valeur de l'esclave? Le jurisconsulte répond que non, car la vente qu'il a faite n'était pas volontaire, mais imposée par la nécessité, et en cas de vente forcée la *cautio dupla* n'était pas exigible par l'acheteur. Aussi l'héritier, dans l'espèce, ne pourra-t-il être poursuivi que par l'action *ex empto* et seulement pour la valeur de l'esclave au simple, car il ne doit pas être passible de ce qu'il a promis par erreur. L'héritier pourra-t-il maintenant réclamer à ses cohéritiers une partie de ce qu'il a payé? On admet exceptionnellement que oui, sans doute à cause du caractère de la dépense et de l'ordre qui lui a été donné de la faire par le prêteur. La fin du texte montre en effet que les cohéritiers ne peuvent réclamer par le *judicium familiæ erciscundæ* ce qu'ils ont volontairement dépensé avant l'adition d'hérédité, même si c'est pour ensevelir le testateur.

Peu importe, en tous cas, lorsque les dépenses sont postérieures à l'adition de l'hérédité, qu'elles soient ou non antérieures à l'introduction de l'instance en partage. Ce que Nerva dit à ce sujet de l'action *communi dividundo* doit sans hésitation être étendu à l'action *familiæ erciscundæ* (L. 6-3. D. X-3).

Il est encore nécessaire que la dépense que l'on prétend recouyrer ait été faite dans l'intérêt commun, comme le disent Paul et Ulpien dans les lois 6-2 et 14 (D. X-3). Ainsi l'héritier qui, ayant cultivé un fonds héréditaire, en a retiré un bénéfice, devra dans tous les cas communiquer ce bénéfice, mais il ne rentrera dans ses dépenses, lorsqu'il n'y a pas eu de bénéfice, que s'il les a faites pour tous et non dans l'intention d'en bénéficier seul, auquel cas il supportera seul la perte. A ce sujet, il est nécessaire d'examiner les conséquences que peut entraîner pour l'héritier l'erreur où il se trouvait, lorsqu'il a fait une dépense. Cela arrivera rarement, mais il peut cependant se faire qu'un cohéritier ait agi sous l'influence de l'erreur. Son consentement se trouve alors vicié, ainsi que sa volonté. L'erreur peut d'ailleurs être très variée. Les textes supposent deux sortes principales d'erreur : 1^o le cohéritier ou copropriétaire se trompe sur la personne de son cohéritier ; il sait qu'il y a indivision, mais il croit être en état d'indivision avec Secundus, alors qu'il l'est avec Tertius ; 2^o Primus se croit seul propriétaire de la chose sur laquelle il a entrepris des travaux. En réalité, il n'est que co-propriétaire.

La première situation est prévue par la loi 29 (D. X-3) due à Paul. Si quelqu'un, croyant avoir avec Mævius un fonds commun, qu'il avait en réalité en commun avec Titius, a fait des dépenses sur ce fonds, l'action en partage lui permettra de réclamer une partie de ces dépenses. C'est en effet le cas de cette action, lorsque je sais qu'une chose est commune, et que j'ignore avec qui elle est commune, car, en pareil cas, *non negotia socii gero, sed pro-*

priam rem tueor; et magis ex re in quam impenditur, quam ex persona socii actio nascitur. L'hypothèse est très nette. L'ignorance de la personne de mon co-propriétaire est une espèce d'erreur; peu importe que je ne le connaisse absolument pas, ou que je me trompe seulement sur lui. Mon ignorance ne m'empêchera pas de devenir créancier de ce co-propriétaire qui m'est inconnu, et d'avoir contre lui l'action *communi dividundo*, ou l'action *familiæ exercisundæ*. Pour justifier cette décision, Paul dit que l'action, qui m'est octroyée, naît plus *ex re quam ex persona*. La personne du co-propriétaire est accessoire, secondaire. Pour fortifier cette argumentation, Paul ajoute, qu'en faisant des travaux de conservation, c'est mon intérêt que j'ai en vue. Il a bien fallu que je fasse la dépense sur la chose entière. Je ne pouvais réparer pour moitié la maison ou le mur dont j'étais co-propriétaire. J'ai fait des dépenses forcément, *propter meam partem*. L'acte fait étant indivisible, j'ai dû prendre en main du même coup les intérêts de mon co-propriétaire. Tout cela converge vers cette idée, que je dois avoir un recours contre ce co-propriétaire, que j'ignorais quand j'ai fait la dépense. Paul continue ainsi : *denique ex actione pupillum teneri dicimus, ut impendia restituat officio judicis*. Ce qui confirme encore cette idée, que la créance issue des dépenses faites *magis ex re quam ex persona nascitur*, c'est que, si ce co-propriétaire connu ou inconnu est un incapable, une personne qui n'a pas l'âge suffisant pour s'obliger elle-même, cet incapable n'en sera pas moins tenu. Il deviendra débiteur de la partie de la dépense afférente à son droit de co-propriété, aussi pleine-

ment que s'il était capable. Cependant un pupille, par exemple, ne peut s'obliger valablement *sine auctoritate tutoris*. Mais cette règle n'est pas vraie d'une façon absolue. Elle ne doit trouver à s'appliquer que quand l'action, que le pupille veut faire acquérir contre lui, naît *ex persona*. Au contraire, la volonté du pupille n'intervient pas dans l'exemple cité. *Actio nascitur ex re*. Il y a cependant peut-être une particularité à signaler, lorsqu'il y a erreur sur la personne du cohéritier : c'est que l'action en partage n'était qu'utile, comme n'étant pas conforme aux principes du pur droit civil. C'est ce que semble nous apprendre la loi 6 (pr. D. X-3).

Voici la seconde erreur qu'indique le même texte de Paul. Toute différente est la condition de celui qui croit faire des dépenses sur une chose à lui propre, alors que la chose est commune. A celui-ci, en effet, ne sera ouverte ni l'action en partage directe, ni même l'action utile. On n'étendra pas ici l'action en partage *utilitatis causa*. Celui, au contraire, qui sait que la chose sur laquelle il a fait des frais est commune, gère en partie les affaires d'autrui avec l'intention d'obliger quelqu'un envers lui. Il ne se trompe que sur la personne qui doit devenir sa débitrice. Le jurisconsulte refuse donc au co-propriétaire, qui se croyait à tort seul propriétaire, quand il a fait des dépenses, toute espèce d'action directe ou utile. La raison de cela doit se déduire *a contrario* de la phrase finale, qui concerne celui qui se trompe, il est vrai, sur la personne de son co-propriétaire, mais n'a pas entendu supporter toute la dépense et a voulu devenir créancier. Dans l'hypothèse actuelle, cette intention n'existe pas. Je croyais faire mon ac-

tion personnelle et exclusive. Je ne deviendrai pas alors créancier et n'aurai pas d'*action*, pas plus l'action en partage que l'action de gestion d'affaires, car j'ai entendu faire ma propre affaire, quoique pourtant cette dernière action soit accordée dans des situations analogues, mais seulement à titre exceptionnel et par des décisions d'espèce éminemment favorables (L. 49. *Neg. Gestis* et L. 50-1. *Hered. Pet. D.*).

Il semble que cela soit contraire à l'équité. Mon co-propriétaire sera enrichi à mes dépens. Cela n'a pourtant rien de très étonnant. La même chose se retrouve à propos du possesseur de bonne foi de la chose d'autrui, qui a fait sur elle des dépenses, croyant les faire sur sa propre chose. La jurisprudence romaine ne lui a jamais accordé d'action pour le remboursement de ses dépenses. Le co-propriétaire est une espèce de possesseur de bonne foi. Pourquoi le traiter mieux que ce dernier? Il n'y a pour cela aucune raison. Il n'y a lieu de donner d'action ni à l'un ni à l'autre en droit romain, car, dans le droit primitif surtout, on n'acquerrait pas des actions aussi facilement qu'aujourd'hui. Le créancier a, en effet, des pouvoirs très étendus sur son débiteur, même si celui-ci n'est pas en faute. Pour acquérir ces pouvoirs, la loi exige beaucoup de conditions.

Or, ici l'erreur ne justifie pas le co-propriétaire. Il devait se renseigner. Le droit romain restreignait les actions, il frappait de déchéance celui qui demandait plus qu'il ne lui était dû par la *plus petitio*; il punissait le *temere litigantem*, celui qui, même de très bonne foi, perdait un procès. Cela était peut-

être dur, mais harmonique. Ce sont les mêmes principes qui sont appliqués au co-propriétaire.

Cela ne veut pas dire d'ailleurs que l'on ne devienne jamais créancier sans en avoir l'intention, en mettant même à part les délits. Cela se présente notamment pour tous les cas de *condictio sine causa*, ainsi que dans certains cas de gestion d'affaires, comme que je viens de le dire. Mais on n'est pas ici dans cet ordre d'idées. Le co-propriétaire n'a donc pas plus d'action que le possesseur de bonne foi, et cela même dans le dernier état du droit, quoiqu'on l'ait contesté.

Est-ce à dire que Primus, auteur de la dépense faite par erreur, soit dépouillé sans ressource et ne rentrera jamais dans ses déboursés? Nullement; il n'a pas de moyens d'attaque, mais il existe à son profit des armes défensives, sans doute moins avantageuses que les armes offensives. La défense détourne les condamnations, loin de les provoquer. La jurisprudence a donné à Primus un moyen de défense. Le possesseur de bonne foi, poursuivi en revendication, pourra opposer l'exception de dol au véritable propriétaire, et obtiendra ainsi, soit son absolution, soit une condamnation diminuée à raison des dépenses qu'il a faites. On retrouve la même chose ici, comme le dit Paul dans un fragment un peu obscur, il est vrai (L. 14-1, D. X-3). Il faut se demander si les dépenses que j'ai faites, alors que je crois qu'un fonds m'appartient en propre, dépenses que je pourrais retenir par l'exception de dol, si j'étais actionné en revendication pour une part, je puis les retenir à raison du caractère équitable du *judicium communi dividundo*, lorsque je suis actionné par ce

judicium. Paul se prononce pour l'affirmative, parce que l'action est de bonne foi. Si on réclamait au co-propriétaire la part qui ne lui appartient pas, il serait pour cette part possesseur de bonne foi, et pourrait invoquer la jurisprudence équitable qui lui accorde l'exception de dol pour se faire rembourser ses dépenses. Il doit être traité de même quand l'action dirigée contre lui, au lieu d'être l'action en revendication, est l'action *communi dividundo* ou *familiæ erciscundæ*, mais seulement avec une différence. Tandis que la revendication ressemble aux actions de droit strict, en ce que l'exception de dol a besoin d'y être formulée expressément pour permettre au juge d'en tenir compte, l'action en partage est franchement de bonne foi. Il est inutile de formuler l'exception de dol. L'*æquitas* du juge suffit en vertu des mots *ex bona fide*. Le texte continue en disant qu'il n'en est ainsi qu'autant qu'on agira contre le co-propriétaire, qu'il sera défendeur. Cela est conforme aux principes sus-énoncés ; le co-propriétaire, qui a fait les dépenses, ne peut pas agir pour se faire rembourser ni intenter une action. Cependant, sa situation diffère beaucoup de celle du possesseur de bonne foi à un certain point de vue. Ce possesseur ne peut, en effet, puiser dans sa possession la base d'aucune action. Il ne peut avoir l'action de gestion d'affaires, car il faut pour cela l'intention de gérer la chose d'autrui. Il n'a pas non plus la *condictio indebiti*, car, en payant les dépenses qu'il a faites, il n'a pas payé l'indû. L'action en indemnité ordinaire, d'autre part, n'existait pas à Rome ; toutes les actions y avaient des noms, étaient personnalisées. Au contraire, le co-propriétaire, quand son erreur disparaît,

demeure toujours co-propriétaire avec le droit de sortir d'indivision, c'est-à-dire avec l'action *communi dividundo*. Il pourra intenter cette action certainement, mais pourra-t-il en même temps réclamer le montant de ses dépenses? Le contraire serait bien singulier. Il est difficile de l'admettre, car cela obligerait le co-propriétaire, en fait, à attendre l'action de son co-propriétaire qui se garderait bien d'agir le premier.

Voici d'ailleurs une raison qui empêche d'admettre cette conclusion. Même en supposant que l'auteur des dépenses provoque le partage, le caractère particulier de l'action en partage semble lui conférer le droit de réclamer ses dépenses. L'action en partage est en effet mixte, comme on l'a vu. *Uterque litigantium reus et actor est*. L'auteur des dépenses, tout en étant demandeur, est aussi défendeur, et en cette qualité ne peut-il réclamer le montant de ses frais? L'affirmative semble imposée, mais alors se présente une objection. Si on admet l'affirmative, à quoi aboutit la décision donnée plus haut par Paul en cas d'erreur sur la co-propriété? Il faut répondre tout d'abord à cela que, si le co-propriétaire a laissé effectuer le partage sans avoir réclamé ses dépenses, il n'aura plus désormais aucune action. Il ne peut plus en effet être défendeur, et l'attaque lui est interdite. Voici de plus une autre conséquence de la décision de Paul, conséquence que déduit la suite du texte. Si moi, qui ai fait les dépenses, j'ai aliéné ma part, il n'y a plus pour moi de moyen de faire aucune rétention. J'ai perdu le droit aussi bien de défendre au partage que de l'intenter. On peut ajouter aussi, ce qui est spécial à l'action *familiæ erciscundæ*, que cette action cesse d'être possible, et que le par-

tage ne peut plus être réclamé que par l'action *communi dividundo*. C'est l'acquéreur qui est seul en cause. Je n'aurai plus d'action pour recouvrer mes dépenses; mais mon acquéreur, devenu co-propriétaire à ma place, pourra-t-il agir, et réclamer les dépenses que j'ai faites par voie de rétention? S'il était actionné en revendication de la part indivise qu'il m'a achetée, il aurait contre le revendeur le droit de rétention à raison des dépenses faites par moi son vendeur. Le jurisconsulte en conclut qu'il aura aussi le même droit dans l'action en partage. Cela se comprend; l'acheteur a payé la chose d'autant plus cher que des dépenses y ont été faites. Comme c'est lui qui est maintenant exposé à subir une perte, c'est lui qui aura alors le droit de réclamer le montant des dépenses faites.

Dans la suite du texte, on passe à une autre hypothèse, la première déjà vue, celle où l'auteur des dépenses se trompe sur la personne de son co-propriétaire. Dans cette hypothèse, dit Paul, il faut donner au co-propriétaire une action en partage utile pour réclamer ses dépenses, même si l'indivision a cessé. Il faut ajouter au texte le mot *non* et lire, comme le fait Cujas, *non manente communionē*. Sans négation, la décision ci-dessus serait l'évidence même, et en outre, pendant l'existence de la société, on donne une action directe et non une action utile. Mais ce n'est pas là le cas. On a oublié la question des dépenses dans le partage. Le co-propriétaire aura l'action utile pour se faire rembourser après le partage. Il en est en effet différemment, lorsque je fais des dépenses sur une chose que je crois mienne à tort, ou que c'est

une chose commune. Dans le premier cas, je n'ai qu'une défense, car *neminem mihi obligare volui*.

Mais lorsque je crois que la chose appartient à Titius, alors qu'elle appartient à Mævius, si, en un mot, je me trompe de co-propriétaire, j'agis avec l'intention d'obliger autrui. De même que l'action *negotiorum gestorum* m'est donnée contre celui dont j'ai soigné les intérêts, alors cependant que j'ignorais le véritable *dominus*, de même ici, où je me suis trompé seulement de co-propriétaire, j'aurai néanmoins contre lui l'action en partage. Si j'ai aliéné le fonds, comme j'étais en situation, avant l'aliénation, de pouvoir réclamer une action, cette action, après l'aliénation de ma part, subsistera encore. Si j'exerce cette action, il faudra bien entendu la refuser à mon acquéreur, mais quelle sera cette action ? D'après la fin du texte, cette action serait, au dire de Julien, l'action *negotiorum gestorum*. Cujas et Pothier pensent, avec raison, que le texte a été interpolé par un glossateur et qu'il s'agit de l'action en partage, utile seulement, parce que l'indivision a cessé ; c'est ce que semble dire en effet le commencement du fragment cité.

Il reste encore à examiner une autre espèce de prestations personnelles : *Damnum sarciendum est*, dit Pothier. Les co-propriétaires et cohéritiers n'ont pas seulement des droits les uns vis-à-vis des autres ; ils ont aussi des devoirs réciproques. Tous les devoirs ne sont pas, il est vrai, des obligations. C'est un devoir pour moi de ne pas porter atteinte à la personne ou à la fortune de son semblable, cependant je ne suis pas pour cela son débiteur. Les devoirs de cette nature constituent la liberté humaine

dans l'état de société. L'obligation est, elle, dérogatoire au droit commun ; un individu déterminé se trouve alors par elle, à la suite de certaines circonstances, devoir à d'autres une prestation pécuniairement appréciable. Il doit cette prestation à son créancier, parce qu'il l'a promise, ce qui est le cas le plus fréquent.

Il peut aussi la devoir, parce que l'utilité ou l'équité exigent la naissance d'une obligation qui est quasi-contractuelle. Un homme, enfin, peut devoir à un autre, une prestation, en devenir le débiteur, parce qu'il a enfreint un devoir juridique qui ne constitue cependant pas une obligation. L'obligation née est alors délictuelle ou quasi-délictuelle.

Alors que les devoirs consistent toujours dans les abstentions, les obligations sont presque toujours des faits actifs, des prestations. C'est d'elles dont il y a lieu de s'occuper actuellement. On en a déjà examiné un certain nombre. Il reste à passer en revue plus particulièrement celles qui naissent de l'inexécution d'un devoir ou d'une obligation, et elles diffèrent beaucoup selon la situation des individus. Entre personnes entre lesquelles existe déjà un rapport d'obligation, entre créancier et débiteur, l'étendue de la responsabilité du débiteur, la somme de diligence qu'il est tenu d'apporter pour se libérer peuvent varier, et varient en effet, suivant les différentes espèces d'obligations. Pour des personnes liées *ex contractu*, *quasi ex contractu*, etc., la question de faute doit être jugée et appréciée d'après la nature particulière du rapport juridique, la convention, la volonté expresse ou tacite des parties. Au contraire, entre personnes qui ne sont

pas encore débitrices l'une de l'autre, entre lesquelles n'existent que des devoirs, il n'y a pas de degré possible dans la responsabilité. La situation est la même pour tous. Quand on cause du dommage à son semblable, même par imprudence, on devient son débiteur, car on est en faute. C'est ce qu'exprimaient les Romains, en disant à propos de la source de responsabilité la plus large, de la loi Aquilia : *et levissima culpa venit*.

Quelle est à cet égard la situation entre co-propriétaires ou cohéritiers ? Elle est complexe. A un certain point de vue les co-propriétaires sont des étrangers, des voisins, sont dans leurs rapports respectifs comme deux propriétaires ordinaires ; ils ont des droits distincts, indépendants. A ce titre en cette première qualité d'étrangers, les cohéritiers sont d'abord tenus l'un envers l'autre des devoirs généraux auxquels sont astreints les hommes en général. Les Romains l'admettent expressément. Le co-propriétaire qui par sa faute détruit ou détériore la chose commune se rend coupable du délit de la loi Aquilia envers son co-propriétaire et devient débiteur d'une *pœna*. C'est ce que disent les lois 19 et 20 (D. IX-2) : *Sed si communem servum occiderit quis, Aquilia teneri eum Celsus ait. Idem est et si vulneraverit ; scilicet pro ea parte qua dominus est, qui agat*. Le jurisconsulte Ulpien prévoit ici les premier et troisième chapitres de la loi Aquilia, et déclare que le meurtre ou la blessure de l'esclave commun motivent l'application de cette loi. A propos du délit d'injures, le fragment 15 (36, D. XLVII-10), décide que le co-propriétaire, qui injurie, en le frappant, l'esclave commun, ne tombe pas vis-à-vis de son co-propriétaire

sous le coup de la loi. Cela tient à ce que le délit d'injures n'est pas dommageable pécuniairement. Il faut bien accorder de plus au co-propriétaire un certain droit de correction sur l'esclave, et ce droit ne doit pas constituer un délit. Comme autre exemple, on peut citer celui du co-propriétaire *qui rem communem contrectat*, qui veut s'approprier exclusivement, *lucri faciendi gratia*, la cause commune. Ce co-propriétaire se rend coupable du délit de *furtum*, et l'action *furti* compète contre lui à son co-propriétaire (L. 45, D. XLVII-2). Voilà le premier point de vue auquel on peut se placer pour regarder les co-propriétaires, celui de leurs devoirs réciproques.

Mais, là un autre point de vue, les co-propriétaires sont, dans une certaine mesure au moins, des débiteurs, des obligés les uns envers les autres. Cette proposition est incontestable quand l'indivision a sa source dans un contrat, par exemple, est survenue après un acte de société. Les associés sont à la fois co-propriétaires et de plus obligés par le contrat de société. De là pour eux deux sources de responsabilité, l'une qui vient du droit commun, et l'autre qui dérive du rapport contractuel. Mais ce n'est pas la situation actuelle, où la *communio* est *incidens*. Le cohéritier lésé par le fait de ses cohéritiers ne sera-t-il leur créancier que *ex delicto*, que lorsqu'ils auront violé un devoir général? Ne sera-t-il pas aussi créancier *quasi ex contractu*? Nullement. L'indivision, par elle-même, est, on l'a vu, une des sources quasi-contractuelles (Inst. 3. III-27). Quand deux personnes sont en indivision, même malgré elles, elles sont obligées l'une envers l'autre : 1^o à procéder au partage; 2^o à se rendre compte des bénéfices

qu'elles ont pu faire à propos de la chose commune, pendant l'indivision, et à se rembourser les dépenses légitimement faites sur la chose, ce qui n'est au fond que compléter le partage, et exécuter jusqu'au bout le devoir de partager; 3° à *réparer le préjudice illicite* qu'elles ont pu se causer réciproquement sur la chose commune. Les créances qui naissent de ces divers devoirs sont sanctionnées par l'action en partage. Ainsi, lorsque le cohéritier Primus endommage une chose héréditaire, il manque d'abord à ses *devoirs*, puis à ses *obligations* de cohéritier. Je vais examiner comment il devait réparer sa faute, et comment se réglait la responsabilité entre les cohéritiers. Les textes à cet égard sont nombreux; ils se trouvent soit dans le titre *familiæ erciscundæ*, soit aussi dans le titre *Pro socio*, où il suffit de remplacer l'action *pro socio* par l'action en partage, les obligations des associés et des co-propriétaires incidents étant en général les mêmes, et les premières n'étant modifiées par le contrat de société que dans des cas exceptionnels dont il suffit de ne pas tenir compte.

Je vais examiner d'abord les deux principaux délits que les hommes peuvent commettre, le *furtum* et le délit de la loi Aquilia.

Les lois 45, 46, 47, pr. et 51 (D. XVII-2) concernent le *furtum*. On peut agir, dit Ulpien dans la première, à raison d'une chose commune contre un associé par l'action *furti*, quand l'associé a détourné par dol ou par ruse la chose, ou l'a maniée *celandi animo*, en un mot, lorsqu'il a fait de la chose un usage *lucri faciendi gratia* ce qui caractérise le *furtum*. En outre, l'associé, est lié par l'action *pro socio*

et l'exercice de l'une des actions n'a pas pour effet d'éteindre l'autre. Il faut en dire autant dans toutes les actions de bonne foi. Ce texte pose les principes généraux applicables à la matière, et la fin montre bien qu'il est légitime de l'étendre à l'action *familiæ erciscundæ*. L'associé ou le cohéritier lésé est donc créancier à deux titres ; il l'est avec une action dite *furti, ex delicto*, et de plus il est créancier *ex contractu* avec l'action *pro socio*, ou *quasi ex contractu* avec l'action *familiæ erciscundæ*. L'action *furti pœnam tantum persequitur*, et l'action *pro socio* est seulement réparatrice. Ces deux actions, ces deux créances ont bien le même objet matériel, de l'argent ; elles n'ont cependant pas pour objet la même *res*, n'ont pas le même objet juridique. L'objet de l'une est une amende, celui de l'autre une indemnité. *Non idem persequuntur*. L'action *furti* se propose de donner satisfaction au légitime sentiment de vengeance de la victime, tient lieu pour elle de la vengeance qu'elle ne peut personnellement exercer. Le coupable paie une rançon, une amende calculée de façon à détourner la victime de se venger elle-même. Aujourd'hui le langage et les idées ont changé. On dit que l'action publique tend à punir le coupable. Quant à la deuxième action, elle poursuit exclusivement la réparation du préjudice causé. Le créancier *persequitur quod ex patrimonio ejus abest* ; la créance vise à combler un vide injustement fait ; c'est une créance purement civile en indemnité. La diversité des deux actions entraîne d'ailleurs des conséquences nombreuses. La première est indiquée par le texte cité lui-même ; c'est que les deux actions se

cumulent, *nec altera actio alteram tollet*. L'exercice de l'une, bien plus son extinction par un paiement intégral, est sans influence sur l'autre. Quand l'associé volé aura obtenu de son associé l'amende du *furtum*, le double ou le quadruple selon que le *furtum* est ou non *manifestum*, il reste créancier de son indemnité. Il s'agit en effet de deux créances ayant un but distinct, un objet différent. Le montant des deux créances n'est pas le même ; c'est là une autre différence. La créance d'amende présente quelque chose d'arbitraire et de très particulier pour la détermination de son *quantum* ; elle est arbitrée par le législateur de façon à satisfaire la vengeance de la victime du *furtum*. On dirait aujourd'hui qu'une amende, une peine doivent être proportionnées aux degrés de culpabilité du délinquant. Ce n'est pas là l'idée romaine, notamment pour le *furtum*. La loi part de ce principe qu'il faut investir d'une créance beaucoup plus élevée la victime, que, sans cela, la passion pousse à la vengeance, et d'autant plus élevée que la vengeance est de nature à la tenter davantage. Aussi, si la victime surprend le voleur en flagrant délit, s'il y a *furtum manifestum*, la vieille loi romaine élève la peine au quadruple du préjudice. Quand le vol n'est découvert qu'après sa perpétration, la vengeance est désirée d'ordinaire avec moins d'ardeur. La peine est alors considérablement abaissée ; elle n'est plus que du double. Tout cela est d'ailleurs fort arbitraire. Au contraire la créance civile en indemnité sanctionnée par l'action *pro socio* ou *familiæ erciscundæ* est fixée naturellement d'après le préjudice causé.

A un troisième point de vue encore, celui de la

durée, les deux créances diffèrent. La première, celle d'amende, ne dure qu'autant que le coupable. Les peines sont personnelles. Quand le coupable meurt avant d'être poursuivi, le créancier perd son droit. L'action *furti* est intransmissible contre les héritiers. Elle grève la personne physique, plus que la personne juridique. A l'inverse, la dette d'indemnité pèse sur la personne juridique qui ne meurt pas. Les héritiers du défunt en sont les continuateurs, et la dette leur est pleinement transmissible. Si maintenant, au lieu de faire mourir naturellement l'auteur du *furtum*, on le fait mourir civilement par une *capitis deminutio* même *minima*, résultant par exemple de l'*adrogatio*, *jure civili* ses dettes s'éteignent, ne passent pas à la charge de l'adrogeant, qui ne prend que l'actif, sauf l'effet des moyens prétoriens destinés à tempérer ce vieux principe du droit civil. Les dettes résultant de délits, au contraire, persistent et survivent à la *deminutio*. *Nemo delictis exuitur, quamvis capite deminutus*. La personne physique du *capite deminutus* subsiste en effet toujours.

La responsabilité des associés ne sera pas la même dans les deux créances, ce qui constitue une quatrième différence. Supposons que ce soit l'esclave de l'associé qui ait manié une chose commune *lucri faciendi gratia*. La créance d'amende pèse sur l'esclave; c'est lui seul qui est coupable et devient débiteur de la peine, car *servi civiliter obligantur ex delictis*. Cela est si vrai que, si l'esclave vient à être affranchi avant toute espèce de poursuite exercée par la victime, il sera seul tenu de l'action *furti*. S'il meurt, toute créance sanctionnée

par la même action disparaît. Mais la victime devra-t-elle attendre l'affranchissement pour agir ? Non. L'esclave a un représentant, son maître. Celui-ci n'est pas tenu sans doute à raison des délits de son esclave, mais il peut être poursuivi à raison de cet esclave. Il est obligé *propter servum*, comme le tiers détenteur l'est *propter rem*. La loi en tire cette conséquence qu'il peut échapper aux poursuites en faisant l'abandon noxal de l'esclave. Au contraire, la créance d'indemnité ne pèse sur l'esclave que naturellement, tandis qu'il était tenu *civiliter* de la première créance. La personne juridique chez lui est très incomplète, n'existe qu'au point de vue du droit naturel. La créance naturelle du reste pourra être mise en mouvement. En effet, les esclaves ont presque toujours un petit patrimoine, le pécule, qui répond de leurs dettes naturelles. Seulement ce n'est pas l'esclave qui peut être poursuivi, car l'accès de la justice lui est interdit. On poursuivra le maître pour se faire payer sur le pécule. Suivant que le pécule sera plus ou moins considérable, la victime aura plus ou moins de chances d'être indemnisée du vol.

Voici une cinquième différence. Deux ou plusieurs associés se sont entendus pour en voler un autre. Comment ces co-auteurs du *furtum* seront-ils tenus ? Ils le seront et de l'amende et de l'indemnité *in solidum*, mais la solidarité, ou pour mieux dire la dette *in solidum*, qui pèse sur eux, car il n'y a, dans aucun des cas, de solidarité proprement dite au sens actuel et juridique du mot, s'entend d'une façon différente dans les deux cas. Je prends la créance d'amende. Tertius a été volé par Primus et Secundus. Aujourd-

d'hui on les punirait comme tous deux coupables. Mais les Romains disaient qu'il faut satisfaire la vengeance de Tertius vis-à-vis d'eux, qu'il faut alors donner à Tertius deux créances d'amende distinctes. Si le vol est, par exemple, non manifeste, Tertius pourra demander le double à Primus et à Secundus. Quand Primus aura payé son amende, Secundus n'en restera pas moins débiteur de la sienne; voilà ce que signifient ici les mots *in solidum*. Au contraire, ces mots ont un tout autre sens, qui se rapproche davantage du sens ordinaire du mot solidarité, pour la créance d'indemnité. Cette créance a pour but de combler un vide dans le patrimoine de Tertius. Le vide comblé, la créance perd son objet. Il y a ici une espèce de solidarité imparfaite analogue à celle qui atteint deux personnes qui ont causé à autrui un dommage. Chacune de ces personnes doit, à raison de la faute qu'elle a commise et qui lui est personnelle, réparer tout le préjudice qui a été causé, et la victime peut ne s'adresser qu'à l'une d'elles, sans que cependant ces personnes soient réellement solidaires entre elles. Dans l'espèce, Tertius pourra bien s'adresser, soit à Primus, soit à Secundus, pour lui demander toute l'indemnité, mais quand l'un d'eux l'aura payée en totalité, l'autre sera libéré, car Tertius a obtenu tout ce qu'il pouvait demander.

La phrase, par laquelle se termine le fragment, signifie qu'il peut se faire qu'un créancier muni d'une action de bonne foi ait en même temps une action pénale, et que l'exercice d'une action ne supprime pas l'autre. Cette phrase dépasse la pensée d'Ulpien, et est trop absolue dans ses termes. Il

faut la restreindre, comme le dit le fragment qui suit, aux cas où un individu a par devers lui et doit, soit *ex contractu*, soit quasi *ex contractu*, la chose d'autrui. En dehors de ces cas, il ne faut pas appliquer le principe posé, et cela notamment à un contrat de bonne foi très fréquent, la vente. Le vendeur, tant qu'il reste propriétaire de la chose vendue, ne peut en commettre le *furtum*, et cependant l'acheteur a une action de bonne foi.

Le fragment 46 donne des exemples analogues à celui du co-propriétaire. Il cite le fermier ou *colonus*, qui est à la fois débiteur et détenteur de la chose d'autrui, et qui peut se rendre coupable d'un *furtum* sur cette chose. Il sera tenu alors des deux actions *locati et furti*. Un autre exemple se rencontre dans le gérant d'affaires. S'il détourne la chose dont il s'est occupé, il est tenu de l'action *furti*, comme de l'action *negotiorum gestorum directa*. La même chose a encore lieu pour le mandataire et pour le tuteur.

Le fragment 47, pr., déclare que si la victime d'un vol, de la part d'un de ses coassociés, a exercé contre lui la *conditio furtiva*, elle perdra l'action *pro socio*, à moins qu'elle n'ait intérêt à intenter son action pour un supplément d'indemnité. Le jurisconsulte suppose que l'associé volé se trouve avoir, cette fois en vertu des principes généraux sur le *furtum*, une troisième créance qui est, comme la créance sanctionnée par l'action *pro socio*, (*familiæ erciscundæ* pour l'héritier), une créance réparatrice sanctionnée par la *conditio furtiva*. En effet, le *furtum* engendre à la fois une *conditio furtiva* et une créance d'amende. L'action réparatrice suit les mêmes règles que l'action *pro socio* ou en partage.

La victime du vol ne pourra seulement cumuler les deux créances, qui ont toutes deux pour objet la réparation du préjudice, la même *res* juridique; quand une des deux actions a été exercée et a abouti, l'autre disparaît faute d'intérêt, à moins cependant qu'il y ait lieu à un supplément d'indemnité. Le demandeur peut avoir exercé l'action la moins avantageuse, étant sous l'empire de l'erreur sur la valeur relative des deux actions. On lui permettra alors d'exercer la deuxième action, mais seulement pour la différence.

En quoi l'action *pro socio* ou en partage est-elle supérieure à la *condictio furtiva* ? C'est qu'elle est de bonne foi; les intérêts courent de la mise en demeure. La *condictio* est au contraire *stricti juris*. Si le vol a eu pour objet de l'argent, le volé a avantage à réclamer des intérêts. En revanche la *condictio furtiva* peut parfois être supérieure à l'action en partage, parce que le juge n'a pas le droit d'y abaisser la condamnation, lorsqu'aucune exception n'a été expressément formulée.

Le fragment 51, pr., dû à Ulpien, contient une règle de preuve. C'est avec raison, dit-il, que les jurisconsultes ont exigé, pour qu'il y ait lieu à l'action *furti*, que l'associé ait dérobé la chose par ruse ou par dol ; car s'il a fait l'acte sans dol il ne commet pas de *furtum*. Dans l'immense majorité des cas, il faudra présumer que le co-propriétaire a plutôt voulu user de son droit sur la chose que commettre un dol. Cette présomption est d'ailleurs de droit commun et nullement spéciale à l'hypothèse

actuelle. Les délits, en effet, doivent être prouvés et ne sont pas présumés.

Les règles précédentes sont expressément appliquées à l'action *familiæ erciscundæ* par la loi 16, qui est d'ailleurs assez générale et ne vise pas uniquement le *furtum* (4, D. X-2). S'il a été, par dol ou faute, commis quelque méfait par un des héritiers sur un usufruit héréditaire, Pomponius dit que cela entrera en ligne de compte dans l'action en partage. Le jurisconsulte suppose l'indivision d'un usufruit entre deux héritiers, ce qui, on l'a déjà vu, peut se présenter dans différentes hypothèses. Un héritier a commis un méfait sur cet usufruit. Le cohéritier, en intentant l'action en partage, pourra lui demander compte du préjudice causé, car tout ce que l'héritier fait par dol ou par faute sur l'hérédité entre dans l'action en partage, pourvu que les actes coupables aient été faits par l'héritier en tant que cohéritier. Si en effet un héritier a détourné de l'argent du vivant du testateur, ce délit ne peut entrer dans l'action *familiæ erciscundæ*, car il n'était pas héritier quand il a commis l'acte coupable. D'ailleurs, quand l'héritier a agi comme héritier, l'action en partage existe, même s'il y a une autre action. Cette autre action est sans doute la *condictio furtiva*, quoique le texte ne le dise pas. Il y a toujours bien entendu l'action pénale *furti*, et à côté d'elle sont les actions réparatrices, la *condictio furtiva* et l'action *familiæ erciscundæ*.

Quand l'héritier coupable a agi avant d'être héritier, il y a deux hypothèses à distinguer au point de vue des actions qui peuvent exister contre lui.

Lorsque le vol a été commis du vivant du *de*

cujus, il n'y avait pas, on vient de le voir, d'action en partage. Il ne restait alors que l'action *furti* ou la *condictio furtiva*.

Si le vol, au contraire, avait eu lieu une fois que la succession était ouverte, mais non encore acceptée, ce qui suppose que les héritiers n'étaient pas des héritiers nécessaires, l'action *familiæ erciscundæ* n'est toujours pas admissible. Mais l'action *furti* ne l'est pas davantage, car on ne peut voler une hérédité jacente. Le voleur se rend coupable d'un délit particulier, le *crimen expilata hereditatis* et pourra être poursuivi par une action spéciale (L. 2-1. D. Expil. her.). Quant à la *condictio*, elle ne paraît pas non plus pouvoir être exercée.

Je prends maintenant le délit prévu par la loi Aquilia, le *damnum injuria datum*, dont parlent les fragments 47-1, 48, 49 et 50 du titre *Pro socio*. D'après ces textes, si un associé a causé un dommage à la chose commune, il est, au dire de Celsus, Pomponius et autres jurisconsultes, tenu de la loi Aquilia; il n'en reste pas moins tenu d'ailleurs de l'action *pro socio*. La même chose a lieu s'il a nui à la chose par son fait, a par exemple tué ou blessé l'esclave qui gérât les affaires sociales. Mais le cohéritier lésé, en exerçant l'une des actions doit se contenter d'elle seule, parce que ces deux actions ont pour objet la *rei persecutio* et non, comme l'action *furti*, une peine.

La loi Aquilia est l'origine de l'article 1382, mais avec cette première différence que la formule du Code est beaucoup plus large que la formule du plébiscite proposée par Aquilius, laquelle ne prévoyait que certains dommages matériels causés *cor-*

pore. C'est là le signe des législations dans l'enfance, qui procèdent par cas particuliers. L'article 1382 diffère en outre de la loi Aquilia, en ce sens que la créance qui en résulte est exclusivement réparatrice, et qu'au contraire la créance issue de la loi Aquilia est à beaucoup d'égards une créance pénale; elle provient en effet d'un délit. Cependant l'action n'est pas aussi pénale que l'action *furti*. A la différence d'abord du volé qui a deux créances et deux actions, l'individu victime du délit de la loi Aquilia n'a qu'une créance; la peine lui tient lieu d'indemnité. Quel caractère reconnaître alors à cette créance et à cette action? En principe, il faut reconnaître à l'action les caractères des actions pénales, mais ce principe n'est pas absolu. Tout d'abord le montant de l'amende, car c'est une amende, est fixé comme il l'est pour le *furtum*, d'une façon très particulière, même plus particulière encore, en se fondant sur l'idée de vengeance, non de réparation, et sur des bases dont on ne connaît guère le motif. On le fixe d'après la plus haute valeur de l'esclave blessé ou tué dans l'année qui précède le délit. Le montant de la dette n'est donc pas fixé naturellement d'après le préjudice causé. En outre, dans l'action de la loi Aquilia, *lis inficiando crescit in duplum*, et l'action s'éteint par la mort du coupable. Plus tard, il est vrai, la jurisprudence déclara que si le délinquant avait tiré par extraordinaire un profit du délit, ses héritiers devraient restituer ce profit. Quand l'auteur du délit est un esclave, l'action se donne *noxaliter*. S'il y a deux auteurs du délit, ils sont tenus cumulativement de l'action.

Mais voici où l'idée d'amende fléchit. Il est pos-

sible que ce soit un débiteur, contractuel ou non, qui se rende coupable du délit de la loi Aquilia, par exemple un associé ou un cohéritier. Alors se pose cette question. L'associé ou l'héritier ne sera-t-il tenu en vertu de la loi Aquilia qu'autant qu'il le sera contractuellement ? Le délit peut ne consister qu'en une très légère imprudence, une *levissima culpa*. Cette *culpa venit in lege Aquilia*. Mais, au contraire, l'associé ou le cohéritier, de droit commun, n'est tenu envers ses associés et cohéritiers que des fautes qu'il ne commettrait pas dans la gestion de ses propres affaires, de sa *culpa in concreto* au plus. L'associé n'est pas alors responsable *ex contractu*. L'est-il *ex lege Aquilia* ? Les Romains admettaient que non. L'action de la loi Aquilia ne peut être exercée là où l'action du contrat n'est pas recevable. Cette loi voit dans la peine une sorte de réparation du préjudice ; mais, quand l'auteur du délit est un débiteur contractuel ou quasi-contractuel, l'idée de peine disparaît devant l'idée d'indemnité. Logiquement on aurait dû dire que, chaque fois qu'un débiteur quasi-contractuel tombe sous le coup de la loi Aquilia, cette loi ne lui sera pas applicable ; l'action *familiæ erciscundæ*, par exemple, ou l'action *pro socio* seule suffira pour la réparation du *damnum*. Mais les Romains n'ont pas admis cela. Ils ont dit que l'associé victime du délit n'aurait pas, comme aujourd'hui, seulement l'action *pro socio*, mais aurait en outre l'action *legis Aquiliæ*. Il est vrai que le cumul des deux actions ne sera pas possible. Si la moins avantageuse de ces actions a été intentée, on ne pourra intenter l'autre que pour la différence. Pourquoi l'associé n'a-t-il que

le choix entre les deux actions, et ne peut-il les cumuler? C'est, disent les textes, que ces actions ont toutes deux pour but la *persecutio rei*. Il faut observer que cela n'est vrai, pour l'action de la loi Aquilia, qu'à un point de vue particulier, précisément en ce qui concerne le cumul des deux actions.

Les lois 16-5 et 17 (D. X-2) appliquent à l'action *familiæ erciscundæ* ce qui vient d'être dit pour l'action *pro socio* relativement à la loi Aquilia. Si un héritier a détruit les livres de compte, il est tenu de la loi Aquilia, comme s'il les avait *corrupti*, ce qui était sans doute l'expression du plébiscite. Il n'en est pas moins tenu de l'action en partage. En outre, lorsqu'un dommage a été commis sur l'hérédité, *conveniens est dicere, simpli habendam æstimationem in familiæ erciscundæ iudicio*. Cela est dit par opposition avec la façon artificielle d'estimation que prescrit la loi Aquilia. Il n'y a rien d'artificiel en effet dans le *iudicium familiæ erciscundæ* (Voir aussi C. 19-C. III-36).

Quelques fragments relatifs à l'action *communi dividundo* peuvent aussi être cités, car ils s'appliquent à l'action en partage d'une manière générale. Dans la loi 8 (2, D. X-3), Paul déclare que dans le *iudicium communi dividundo* entre en ligne de compte le fait, pour un des co-propriétaires, d'avoir détérioré la chose, par exemple en blessant l'esclave ou en le corrompant. Cette corruption n'est plus prévue par la loi Aquilia, mais forme l'objet d'un quasi-délit prétorien, donnant ouverture à l'action *de servo corrupto*. La loi Aquilia ne visait en effet que les dommages causés *corpore corpori*. Le texte continue en parlant du fait de couper des arbres sur

le fonds commun, ce qui donne naissance à l'action *arborum furtim cæsarum*. La loi 10 (pr. D. X-3) décide que, bien que l'action de la loi Aquilia ne compète pas contre l'héritier du coupable, cependant l'héritier du co-propriétaire coupable sera responsable par le *judicium communi dividundo*, si son auteur a commis un des actes délictueux prévus par la loi Aquilia et engendrant l'action de cette loi. Voici l'hypothèse visée par le texte. Primus et Secundus sont co-propriétaires d'un esclave. Primus le tue et meurt avant d'avoir été poursuivi. Secundus lésé par le meurtre ne peut plus intenter l'action de la loi Aquilia contre l'héritier de Primus, car c'est une action pénale intransmissible, mais il garde l'action en partage qui est réparatrice, civile, et qui peut passer contre les héritiers du débiteur; cette action fait donc partie passivement de la succession du débiteur.

Ainsi donc, dans l'hypothèse de cohéritiers, c'est-à-dire de co-propriétaires sans contrat, les faits dommageables qui constituent entre étrangers des délits et engendrent des actions pénales, constituent également des délits entre ces cohéritiers, et, de plus, ces faits dommageables violent l'obligation quasi-contractuelle qui lie entre eux les cohéritiers; ils donnent par suite ouverture à l'action en partage.

Les faits dommageables que l'on vient de voir sont des délits; ce sont des faits actifs, *culpæ in faciendo*, comme le vol, le meurtre, la blessure, etc. Cela est nécessaire d'ailleurs pour qu'il y ait délit et naissance d'une action pénale chez les Romains. Mais ce n'est pas là la seule manière de nuire à son semblable. On peut lui nuire par imprudence et par

négligence, par des fautes d'omission. Il n'y a plus alors de délit, car il n'y a plus violation d'un devoir, les hommes de droit commun n'étant pas tenus de veiller les uns sur les autres. Quand ces hommes sont cohéritiers, en est-il autrement? Les cohéritiers responsables de leurs faits d'imprudence, la loi 25 (16 D. X-2) le prouve suffisamment, le sont-ils, au moins quasi-contractuellement, de leurs négligences, de leurs omissions? Par exemple Primus et Secundus ont dans la succession commune une maison; ils négligent tous deux de la réparer et elle tombe. L'un d'eux peut-il par l'action en partage rendre responsable l'autre de sa négligence, en disant qu'il est son débiteur quasi-contractuel? Il faut répondre non à la question présentée sous cette forme, car Secundus pourrait objecter à Primus qu'il est aussi coupable et par suite aussi responsable que lui. Les fautes réciproques se compensent. Primus et Secundus sont deux espèces de voisins qui ne peuvent rien se reprocher. Il faut voir maintenant ce que disent les textes. Paul (L. 25-16. D. X-2) nous apprend que le cohéritier sur les choses héréditaires ne répond pas seulement de son dol, mais aussi de sa faute, *quoniam cum coherede non contrahimus, sed incidimus in eum*.

Cependant le cohéritier ne répond pas de la vigilance que doit apporter un *paterfamilias* soigneux, car il y a eu, dans sa part héréditaire, un motif, une cause pour gérer la succession. Il ne doit apporter à la chose commune que la diligence qu'il apporte à ses propres affaires. La raison donnée par Paul pour expliquer que nous répondons non-seulement de notre dol, mais encore de notre faute, à savoir, parce

que nous n'avons pas contracté, semble bizarre. Il faudrait en conclure par *a contrario*, que, quand on a contracté, on est responsable de son dol et pas de sa faute. Ce serait là un raisonnement faux. Dans un contrat on répond presque toujours de sa faute. Parce qu'on a été choisi par celui qui veut vous rendre responsable, cela ne veut pas dire qu'on ne soit responsable que de son dol. L'idée du jurisconsulte n'est pas exacte sur ce point, comme le prouvent en particulier plusieurs fragments du titre *Pro socio* qui montrent que, après des hésitations il est vrai, on admit que l'associé serait tenu de sa faute *in concreto*. Mais cela n'est que secondaire. La principale idée du texte est que les co-propriétaires sont responsables de leur diligence l'un envers l'autre, cette diligence étant appréciée *in concreto*. Il semble alors que s'ils ont commis une faute *in omit-tendo*, ils se doivent réciproquement réparation. Le paragraphe 18 de la même loi 25 (D. X-2) en cite précisément un exemple : *item culpæ nomine tenetur, qui quum ante alios ipse adisset hereditatem, servitutes prædiis hereditariis debitas passus est non utendo amitti*. Il s'agit bien là d'une simple négligence. Le cohéritier aurait dû interrompre la prescription. Cela est-il contraire à ce qui a été exposé plus haut comme conforme au bon sens ? Nullement. Les deux textes sur la responsabilité de la faute, dont le premier est en apparence général, doivent s'entendre de cas particuliers. On ne peut admettre qu'en principe que les cohéritiers soient responsables de leurs négligences. Le principe est même contraire, seulement il admet des tempéraments qui font l'objet des textes cités. L'existence d'un contrat

ne change rien à cette règle, par exemple, en matière de société, sauf si l'associé négligent a accepté d'être administrateur, ou lorsque dans une *societas omnium bonorum*, chaque associé administre au nom de tous les biens constituant son apport personnel. Entre cohéritiers, il pourrait y avoir quelque chose d'analogue. L'un d'eux pourra être déclaré responsable de ses négligences, s'il s'est chargé de l'administration de la succession en tout ou en partie. Il peut faire, on l'a vu, des actes d'usage ou de jouissance, car il en a le droit. S'il a fait un acte quelconque dans l'intérêt de tous, il s'est soumis par cela même à l'obligation d'apporter à ses actes une certaine diligence, *talem qualem in suis rebus*. Il sera responsable de ses négligences dans ce cas. Par exemple, après avoir loué une première fois la chose, il a négligé de la relouer; c'est une négligence qu'il ne commettait pas dans ses propres affaires; il en sera responsable. Il ne faut pas croire d'ailleurs qu'avec cette opinion on se montre sévère pour le cohéritier, que rien ne forçait à administrer.

A côté de sa situation, en effet, il y en a une voisine, où l'on pourrait faire la même objection, et cela sans succès; c'est dans l'hypothèse de la gestion d'affaires. Si l'on entreprend cette gestion, qui n'est pas forcée, on se soumet à l'obligation d'y apporter une certaine diligence, *talem qualem bonus paterfamilias*. La responsabilité est encore plus lourde que celle du cohéritier. Il n'y a donc pas lieu de s'arrêter devant l'objection en question. Je ferai remarquer seulement, pour terminer, que le cohéritier qui administre est responsable non seulement de sa négligence personnelle, mais encore de celle de

son esclave, lorsqu'il a chargé celui-ci d'une partie de l'administration, et qu'il n'était pas suffisamment capable pour cela. Le fait de l'esclave est ici assimilé à celui du maître, par une exception aux principes qui veulent que le dol commis par l'esclave de l'héritier n'entre pas dans l'action *familiæ erciscundæ* (L. 45-1, D. X-2). Mais il y a eu une première faute personnelle à l'héritier, car on peut avec raison lui imputer d'avoir choisi pour administrer un esclave incapable. Celui-ci a d'ailleurs agi uniquement sur l'ordre de son maître, ce qui suffit pour engager la responsabilité de ce dernier.

On vient de voir le domaine d'application, en définitive assez restreint, qu'il convient d'accorder aux textes cités relatifs à la faute. L'interprétation qu'on en a donnée est encore corroborée par la place du fragment 16. Les paragraphes qui précèdent supposent tous un cohéritier, qui a cru devoir entreprendre sur la succession des actes dans l'intérêt commun, dans l'espèce, des actes indivisibles. Il faut dès lors entendre ce fragment *secundum subjectam materiam*. Il semble s'exprimer en termes généraux, si on le prend seul, mais il faut le rattacher aux textes qui l'entourent, et notamment au paragraphe 18 qui le suit, et qui suppose une succession dévolue à plusieurs cohéritiers (L. 25-18, D. X-2). L'un d'eux accepte le premier; les autres ne le veulent ou ne le peuvent pas encore. Ils pourront dire au premier qu'ils ont pensé qu'il administrerait bien la succession, comme s'il gérait ses propres affaires. C'est même pour cela peut-être qu'ils ne se sont pas hâtés d'accepter, de prendre des mesures conservatoires, de demander, par exemple, la *bonorum pos-*

sessio decretalis, s'ils ont été institués conditionnellement. En acceptant la succession, l'héritier a assumé l'obligation de se montrer diligent; il est dès lors responsable de ses négligences. Ainsi circonscrite, la responsabilité des négligences commises se conçoit très bien.

Si un cohéritier n'est pas responsable de ses négligences, *a fortiori* on ne peut lui demander réparation pour des accidents ou des pertes dus au hasard. Il était à peine besoin de le dire. Cela résulte par *à contrario* de la loi 26 (D. X-3), qui déclare qu'il n'y a d'action contre un co-propriétaire, lorsqu'un esclave commun travaillant chez lui s'est cassé la jambe, que si cet accident est dû à la faute du cohéritier et non au hasard.

De ce que les héritiers ne sont tenus que de leur faute, il ne s'ensuit pas qu'une *action* de leur part soit absolument nécessaire, pour engager leur responsabilité. Sans doute la simple omission d'un devoir ne peut leur être imputée; mais une faute proprement dite peut résulter d'une *abstention*, comme d'un fait actif. Il suffit pour cela que les cohéritiers soient obligés, à raison de leur qualité, de faire une démarche personnelle, de s'associer par exemple à un acte imposé à tous les héritiers. S'ils refusent, soit ouvertement, soit en opposant une résistance passive à la demande qui leur est faite, soit même en s'abstenant purement et simplement, il y a là de leur part une véritable faute, car ils manquent à une obligation, et non plus seulement à un devoir. Les textes en fournissent deux exemples. Le premier (L. 25-17, D. X-2) est relatif à la violation d'une obligation héréditaire. Un testateur a légué *per vin-*

dicationem un esclave qu'il ne désigne pas et dont le choix appartient alors au légataire. Celui-ci meurt sans avoir choisi, et ses héritiers ne s'entendent pas sur le choix. Celui qui, faute de s'accorder avec les autres, rend le legs nul, sera condamné à leur payer des dommages-intérêts par l'action en partage, et cependant on n'a pas à lui reprocher une faute résultant d'un fait actif. Pour une raison identique, si le choix de l'esclave à donner appartenait aux héritiers du testateur et que l'un d'eux, n'ayant pas voulu consentir à la délivrance de celui qu'il importait à tous de donner, ait fait condamner tous les héritiers à payer une somme plus considérable que la valeur de l'esclave, l'action en partage permettra de réparer le préjudice causé. Le deuxième exemple, emprunté à la loi 20 (D. X-3) suppose qu'un devoir personnel à l'un des héritiers, celui du service militaire, a été méconnu par lui, et a entraîné des représailles sur les biens communs. Un cohéritier a refusé de répondre à un appel fait pour l'enrôlement dans l'armée. En punition le magistrat a ordonné de détruire sa maison ou de couper ses arbres, ce dont l'histoire romaine offre plusieurs exemples. L'héritier coupable devra alors indemniser ses cohéritiers du tort qu'il leur a causé par l'action en partage.

Jusqu'ici, on a supposé qu'on était en présence de personnes capables. Le contraire peut arriver, comme le prévoient certains textes.

Il s'agit uniquement des incapables de fait, c'est-à-dire de ceux qui ont un droit, mais n'en ont pas l'exercice. Les trois principaux incapables de fait sont le pupille, le *furiosus* et le prodigue interdit. Les incapables de droit n'ont pas le droit lui-même,

comme l'esclave, le mort civil. Ce sont des créations de la loi, dont il n'y a pas lieu de s'occuper.

On a l'habitude de dire que les incapables ne peuvent s'obliger seuls. Il y a cependant des distinctions à faire d'après la source de l'obligation, et c'est précisément ici le cas, comme on le verra. Les deux grandes sources de créances sont les faits licites et illicites. Pour les faits licites, il faut distinguer entre les contrats et les quasi-contrats. En présence d'un contrat, il est absolument vrai de dire que l'incapable ne peut s'obliger, car le contrat est un acte de volonté, et la volonté de l'incapable est ou absente, ou incomplète. *Actio ex persona nascitur*, dit Paul (L. 29, D. X-3). Mais il n'y a pas de contrat entre cohéritiers, au moins normalement. En ce qui concerne les quasi-contrats, quand le fait générateur est personnel à l'incapable, la règle est la même que pour les contrats. Un pupille ne peut valablement s'obliger, par exemple, en recevant le paiement de l'indû. Le fait d'où résulte l'obligation de rendre est ici personnel à l'*accipiens*. Le pupille ne peut valablement s'obliger à restituer ce qu'il a reçu.

Cela ne veut pas dire sans doute qu'il ne sera pas obligé du tout, mais il est certain que le pupille ne peut s'obliger aussi complètement qu'une personne capable. Voici maintenant où la formule précitée n'est plus aussi exacte. L'incapable peut devenir seul débiteur aussi pleinement qu'un capable, d'abord quasi-contractuellement par le fait licite d'un tiers, auquel l'incapable n'aura pas eu de part. *Actio non ex persona nascitur, sed ex re*. Ainsi le pupille est très valablement obligé envers son tuteur, le *furiosus* et

le prodigue le sont envers leur curateur. La volonté de l'incapable n'a pas eu besoin pour cela de se mettre en mouvement. Pour les faits illicites, délits et quasi-délits, l'inexactitude de la formule apparaît encore ; la règle n'est plus en effet la même que pour les faits licites, et cela a également lieu de nos jours. Cela tient à ce que, lorsqu'un délit est imputable à un individu, pour savoir s'il est pénalement responsable, la réponse ne se tire pas des mêmes idées, que la réponse à la question de savoir s'il est capable de s'obliger par contrat. Ainsi, pour le pupille au moins, l'incapacité de s'obliger par contrat est réglée par des principes en partie positifs, s'éloignant de la nature des choses. Jusqu'à un certain âge, fixé par la loi, l'homme ne peut s'obliger, et il est aussi incapable le dernier jour que le premier. Cependant il est vraisemblable que, la veille de sa majorité, on est aussi capable que le lendemain. Au contraire la responsabilité pénale suit la nature et la raison.

Le pupille peut s'obliger *ex delicto*, à partir de l'instant, variable suivant les individus, où il a le discernement suffisant pour comprendre la portée de son acte, où il est *doli aut culpæ capax*. Donc, quand un pupille sera poursuivi pénalement, le juge saisi de l'affaire aura une première question à trancher, celle du discernement. Le pupille poursuivi par l'action *furti* par exemple était-il *culpæ aut doli capax*? C'est ce que dit un texte des Institutes (18, 1-IV), qu'il faut généraliser. Ce texte parle seulement du pupille *pubertati proximus*. Ce pupille sera le plus souvent déclaré avoir agi avec discernement, mais la preuve contraire reste cependant possible. La question de capacité est toujours une question de

fait. Au contraire, en matière de contrat, c'est une question de droit. Il suffit de voir si le contractant est pupille ou non. La capacité de s'obliger contractuellement est, par suite plus tardive, que la capacité de s'obliger par délit. Le sens moral se développe plus tôt que le sens juridique. Quant au *furiosus*, la loi romaine a suivi une règle identique pour les faits licites et illicites, ce qui est sujet à critique. L'incapacité est intermittente, ne dure que pendant l'absence de raison. C'est la loi naturelle qu'on a suivie à tort, et que le Code civil a écartée sagement. Quant au prodigue, il diffère dans son incapacité des deux premiers incapables, en ce sens qu'il faut une décision de l'autorité publique, un décret d'interdiction du magistrat pour le rendre incapable. Il y a une autre différence, contestable il est vrai. Le pupille a un tuteur qui, avec son *auctoritas*, peut relever l'incapable de son incapacité. On a dit longtemps que le *consensus curatoris* produisait le même effet pour le prodigue. Mais cette théorie a été justement critiquée comme n'étant pas romaine. Aucun texte ne montre un prodigue agissant avec le *consensus* de son curateur. Le curateur du prodigue est dans la situation de celui du *furiosus*. Celui-ci n'a jamais à donner son *consensus*. Il en est de même du curateur du prodigue, qui ne s'occupe que de la gestion des affaires de ce prodigue. Cela est certainement exact à l'origine du Droit Romain, et très probablement aussi plus tard.

Dans la loi 46 (*De obligationibus et actionibus*), qui ne paraît d'ailleurs pas très authentique, Paul déclare que le fou et le pupille, lorsque l'obligation naît *ex re*, sont obligés, sans curateur pour le pre-

mier, et sans *auctoritas tutoris* pour le second. Ainsi, lorsque l'on est en indivision avec l'un d'eux, et que l'on fait des dépenses sur le fonds commun, ou lorsque le pupille a causé un dommage au fonds, l'incapable se trouve obligé de supporter partie des dépenses et de réparer le dommage, et cela par l'action en partage. L'obligation est née *ex re*, c'est-à-dire résulte d'un élément de fait. Toutes les obligations délictuelles *nascuntur ex re*, dit Justinien (1, pr. Inst. IV). Une succession est indivise entre Primus et Secundus. Ce dernier est *furiosus* ou mineur; il peut se trouver obligé d'abord *quasi ex contractu*, conformément aux notions précédemment indiquées, quand son obligation proviendra *ex re* et non *ex persona*, résultera d'un fait où sa personne n'aura pas eu à jouer son rôle. C'est l'hypothèse du texte cité. Le co-propriétaire Primus a fait des dépenses sur les choses héréditaires. Il devient créancier de Secundus, comme si celui-ci était capable. Il aura l'action en partage pour se faire rembourser ses dépenses. Une décision analogue se rencontre dans les lois 29 (D. X-3) et 33 (D. *Pro socio*).

L'incapable peut aussi devenir débiteur *ex delicto*; c'est ce que dit le texte. Le jurisconsulte fait ici abstraction du *furiosus*, et avec raison. Quand le *furiosus* a causé un dommage dans un moment de folie, il n'est responsable ni civilement ni pénalement. C'est un pur hasard. Il ne s'agit ici que d'un pupille, et encore à la condition qu'il soit *doli capax*.

On peut causer un dommage de deux façons par imprudence ou par négligence. Je suppose d'abord un dommage résultant d'une imprudence. Le pupille est responsable de sa faute pénalement. Il peut être

poursuivi alors par l'action de la loi Aquilia, et la condamnation prononcée contre lui sera aussi élevée que celle prononcée contre le majeur. Ce sont là les principes. En outre, le texte cité montre que le co-propriétaire du pupille peut lui demander compte de son imprudence par l'action civile issue d'une obligation quasi-contractuelle, c'est-à-dire par l'action en partage. Cependant le pupille ne peut se rendre personnellement débiteur en vertu d'un quasi-contrat. Il y a là une apparente contradiction qui s'explique historiquement. Il y eût un temps où les contrats sans forme n'existaient pas. Il fallait recourir à une solennité pour s'obliger contractuellement. Sans cette solennité, quand les parties avaient fait une convention, il n'y avait cependant pas entre elles de lien de droit. Le préteur modifia cela dans une certaine mesure, en adoucissant la rigueur du droit. Il déclara que, si en fait une des parties violait la parole donnée, elle commettrait un dol, un délit, et serait passible d'une action pénale, comme l'action *de dolo*. On retrouve cela dans Gaius qui nous donne deux formules pour certains contrats comme le *commodat* et le dépôt. La formule ancienne *in factum* ressemble à celle de l'action de dol. C'était un délit dont on poursuivait la réparation avec cette action, quand une des parties manquait à sa parole. Comme il s'agissait de responsabilité pénale, elle s'appliquait à tous, même à un pupille. Entre cohéritiers, les mêmes principes se retrouvaient, bien qu'il n'y eût pas de convention initiale. La faute constituait un délit qu'il fallait réparer même pour le pupille. Avec le temps le progrès s'est fait. On a créé des actions réparatrices qui ont remplacé les anciennes actions, mais

le principe primitif a été maintenu. L'incapable, qui était autrefois obligé pénalement, le sera maintenant civilement, par exemple par l'action en partage. On comprend d'ailleurs facilement le maintien de l'ancien principe sur la responsabilité; c'était une espèce de nécessité. Le pupille ne peut guère en souffrir personnellement. L'action en partage sera presque toujours moins dure pour lui que l'action de la loi Aquilia. L'indemnité, dans la première action, se fixe d'après le préjudice causé, tandis que, dans la seconde, la condamnation ne peut qu'excéder ce préjudice sans descendre au-dessous. En outre, par l'action de la loi Aquilia le pupille court le risque d'être condamné au double. Sans doute les héritiers du pupille sont tenus par l'action en partage, sans l'être par l'action pénale de la loi Aquilia qui est personnelle, mais cela ne concerne pas directement le pupille, et est d'ailleurs très équitable. L'article 1382 consacre ce système. On peut donc dire, en résumé, que le pupille ne peut devenir débiteur quasi-contractuellement, mais que ce principe souffre un tempérament quand le pupille n'a rien à y perdre.

Faut-il étendre la décision précédente aux dommages causés par simple négligence? Il ne peut être question certainement de l'action de la loi Aquilia. On peut hésiter d'ailleurs à admettre la responsabilité du pupille pour ses négligences et, en l'absence de textes, la question reste douteuse.

Quant au prodigue, même interdit, il est toujours *doli aut culpæ capax*, et par conséquent toujours responsable pénalement. Il est donc passible de l'action de la loi Aquilia. Sera-t-il tenu civilement par l'action en partage? Pourquoi pas, puisque le pupille

l'est. Le prodigue n'a d'ailleurs qu'à gagner à une pareille décision.

Pour terminer l'étude des prestations pécuniaires, entrant dans le *judicium familiæ erciscundæ*, il reste deux questions à examiner, questions dont il a déjà été parlé précédemment, et qui concernent d'une part la façon dont ces prestations s'étendent aux héritiers du cohéritier, et d'autre part les conséquences que peut avoir le *damnum* causé non plus par un cohéritier, mais par un esclave.

Un cohéritier meurt avant l'exercice de l'action en partage. Celle-ci devra être intentée par ses héritiers ou contre eux. Pour les bénéfices qu'il a réalisés sur les biens de la succession, ou pour les dépenses qu'il a pu faire à raison de ces biens, pas de difficulté. On en tiendra compte dans l'action en partage; il s'agit en effet de dettes et de créances civiles pleinement transmissibles aux héritiers du *de cujus*. Aussi la loi 4 (3, D. X-3) dit-elle : *sed si quis non cum ipso socio agat, sed cum herede socii, Labeo recte existimat impensas et fructus a defuncto perceptos venire*. Il est possible, qu'à l'origine, les obligations sanctionnées par l'action *familiæ erciscundæ* aient été délictuelles, et comme telles personnelles, ainsi que cela a lieu pour beaucoup d'obligations contractuelles. Mais au temps de Labéon, et sans doute depuis longtemps, la transformation était déjà opérée, et cela explique la décision du texte. S'il s'agit maintenant d'un dommage causé par le cohéritier et résultant d'un délit, il faut distinguer. Ce dommage engendre en général deux actions, l'une pénale, *furti, legis Aquiliæ*, etc., l'autre civile et réparatrice, l'action en partage, et

quelquefois une autre action. L'action pénale est personnelle et ne peut être intentée contre les héritiers du coupable, même si elle est plus avantageuse que l'action civile ; cette dernière, au contraire, se transmet passivement aux héritiers. On en a déjà vu un exemple à propos de la loi Aquilia, et il suffit de généraliser la règle qui en résulte

Je suppose maintenant un *damnum* commis par un esclave. S'il s'agit de l'esclave d'un des héritiers, le maître n'est tenu, comme on l'a vu, que s'il l'a préposé lui-même à l'administration de la succession, et l'action *familiæ erciscundæ* pourra être intentée. En dehors de ce cas, le maître n'est tenu des délits de l'esclave que *noxaliter*, et les actions noxales, espèce d'actions pénales, ne peuvent se confondre avec l'action en partage, ni être remplacées par elle, car cette action, étant de bonne foi, ne peut renfermer aucune peine (L. 45. *Pro socio*). Aussi ne pourra-t-on, selon les cas, en cas de vol par exemple, poursuivre le maître que par l'action *furti noxalis*, ou par le *crimen expilatae hereditatis noxale*.

Lorsque c'est l'esclave héréditaire qui est coupable, l'action noxale n'est plus possible, car elle devrait être intentée pour partie contre l'héritier même qui se trouve lésé, et qui serait ainsi à la fois demandeur et défendeur, et il n'existe pas d'action noxale pour un délit commis par un esclave envers celui qui est son maître en tout ou partie. C'est par l'action *familiæ erciscundæ* que l'héritier lésé obtient réparation du préjudice qui lui a été causé. C'est ce que dit à propos du vol la loi 16 (6, D. X-2) laquelle permet en outre au juge, au lieu de faire

payer à l'héritier sur la masse la valeur au simple de la chose volée, de lui attribuer par adjudication l'esclave coupable. Ce choix laissé au juge ou par lui au cohéritier rend l'action assez semblable à certains égards à l'action noxale. C'est ce que remarque Africanus dans la loi 61 (D. XLVII-2), et il en tire cette conséquence que, si le cohéritier poursuivi a aliéné sa part de l'esclave coupable, on pourra agir contre l'acheteur pour se faire indemniser, ou abandonner la part de l'esclave acquise, et cela au moyen de l'action *communi dividundo* utile, à raison de la co-propriété partielle qui s'est établie avec cet acheteur. Il ne faudrait d'ailleurs pas aller jusqu'à prétendre que, si l'esclave devenait libre, on pût encore agir contre lui directement, comme on ne pourrait pas agir non plus contre un esclave dont on serait le maître. Si l'esclave venait à mourir, on n'aurait plus aucune action contre le cohéritier, à moins qu'il n'ait personnellement profité du délit commis par l'esclave.

CHAPITRE CINQUIÈME

EFFETS DU PARTAGE

Le *judex* ou *arbiter* a fait entre Primus et Secundus, cohéritiers, ce que les parties auraient dû faire d'accord; il a adjugé à chacun d'eux un bien ou plusieurs biens héréditaires. Sa décision, l'*adjudicatio*, produit l'effet des actes volontaires qui n'ont pu avoir lieu. C'est une dérogation à un principe considérable, qui dit que les décisions judiciaires sont déclaratives de droits, constatent des droits préexistants, mais ne créent pas de droits nouveaux. Ici le juge a créé des droits; il a opéré une double mutation de propriété. L'adjudication figure au nombre des modes de transfert de propriété à titre particulier (Ulp. Reg., 19-16). C'est un mode qui n'est ni conventionnel ni volontaire; c'est une véritable expropriation, accompagnée d'une attribution de propriété imposée. Le juge réunit en un faisceau les parcelles de propriété indivise, et reconstitue la propriété individuelle. Ulpien indique quels effets sont produits : *Nam si judex uni ex heredibus aut sociis aut vicinis rem aliquam adjudicaverit, statim illi acquiritur, sive Mancipi, sive nec Mancipii sit*. L'adjudication ressemble donc à l'*in jure cessio*, mais diffère peut-être de la *mancipatio*, car on regarde d'ordinaire celle-ci comme spéciale aux *res Mancipi*. L'adjudication est un mode dérivé d'ac-

quisition ; les copartageants sont ayants-cause les uns des autres. *Le dominium* transmis sera-t-il *ex jure Quiritium*, *juris gentium*, ou sera-t-il simplement l'*in bonis* ? Anciennement c'était le *dominium ex jure Quiritium*, quand les co-partageants étaient Romains, que les choses étaient Romaines et que le *judicium* était *legitimum*. Les instances romaines n'étaient pas toutes de même espèce ; il y avait des *judicia legitima*, les plus vieilles instances, et des instances plus nouvelles, *quæ imperio magistratus continentur*.

L'adjudication peut se rencontrer dans les deux instances, mais tandis que, dans le *judicium legitimum*, elle fait acquérir le *dominium ex jure Quiritium*, au contraire, dans l'autre *judicium imperio continens*, la propriété acquise ne pourra être qu'une propriété prétorienne, comme l'instance elle-même. Les copartageants n'auront que l'*in bonis* sur les choses dont le défunt était peut-être *dominus ex jure Quiritium*. Dans les *judicia imperio continencia* en effet, on peut dire que les cohéritiers n'acquièrent que l'*in bonis* sur les *res Mancipi*. L'adjudication n'a alors que la vertu de la tradition, avec cette différence que la tradition d'une *res Mancipi* fait acquérir à la fois le droit et le fait, tandis que l'adjudication seule ne fait acquérir que le droit sans la possession. Elle ne produit que des effets de droit. On peut donc avoir ainsi l'*in bonis* sans être possesseur. L'argument le plus considérable en faveur de l'acquisition de la propriété bonitaire se trouve dans les fragments du Vatican (n° 47). Paul, dans ce fragment, s'occupe de l'établissement de l'usufruit et dit : *Potest constitui et fa-*

milix erciscundæ vel communi dividundo judicio legitimo. Un autre argument se tire d'un autre fragment de Paul (L. 44-1, D. X-2), déclarant que le préteur protège les adjudications faites par l'*arbiter*, en donnant des exceptions et des actions à ceux qui en auront besoin. Si c'était le *dominium* qui fût toujours le résultat de l'adjudication, celle-ci serait protégée par le droit civil et non par le préteur. On n'offrirait pas aux adjudicataires des exceptions, mais des défenses. Si quelquefois l'adjudication est protégée par le préteur, c'est qu'elle n'engendre pas toujours le *dominium ex jure Quiritium*. La propriété acquise n'est que prétorienne. Le texte parle d'exceptions et d'actions. Pour les exceptions, il faut supposer une poursuite par exemple, de la part d'un des cohéritiers qui a gardé le *nudum jus Quiritium* et voudrait revenir sur le partage. Le préteur donnera au défendeur qui veut maintenir le partage une exception analogue à l'exception de pacte. Pour les actions, il faut remarquer que le juge n'a adjugé que le droit. Le copartageant veut prendre possession de son lot ; il aura pour cela une revendication utile, car il n'a pas encore possédé et ne peut avoir la publicienne.

En l'absence de choses romaines et de personnes romaines, ce qui fera l'objet de l'adjudication, ce sera, ou bien le *dominium* tout court, ou bien la propriété prétorienne dite *in bonis*. Quand les copartageants sont pérégrins, c'est le *dominium juris gentium* qui sera transmis. Si le partage porte sur des fonds provinciaux, la propriété déplacée est encore celle du droit des gens. Sous Justinien, toute

distinction a disparu, comme cela résulte des textes des Institutes (XVII-7).

Le juge, on l'a vu, attribue le droit, le déplace et le transfert, voilà tout. Il ne change pas le fait, la possession des choses partagées. C'est pour cela qu'il n'est pas nécessaire d'examiner la question de savoir si l'adjudication est exécutoire ou non *manu militari*. Le juge, pour exproprier, n'a pas besoin de recourir à la force. C'est sa sentence qui fait cette expropriation. La *manus militaris* n'est employée que pour modifier une situation de fait. Telle est au moins la doctrine qui a généralement prévalu jusqu'ici, quoiqu'elle laisse cependant place à des critiques, qu'il n'y a pas lieu d'examiner actuellement. Cependant, un cohéritier peut ne pas vouloir abandonner la possession d'une chose héréditaire. On intentera alors contre lui la revendication, et on retombe dans la question générale de savoir si le *jussum* peut s'exécuter *manu militari*, question qui est indépendante de l'étude de l'action en partage. Il suffira de dire que, sous Justinien, c'est le même magistrat qui pourra connaître des deux questions, partage et revendication, et qu'il pourra recourir à la force.

L'adjudication peut-elle être subordonnée à une modalité, terme ou condition? Il y a des *actus legitimi* à Rome, qui n'admettent ni terme, ni condition; ce sont sans doute les actes les plus anciens, les plus romains. Papinien parlant de ces *actus* ne cite pas l'adjudication (L. 77, D. L-17). Pourrait-on cependant y mettre un terme ou une condition? Non, à ce qu'il semble. L'énumération de Papinien n'est pas limitative. La décision du magistrat doit être défini-

tive. Cependant, on voit quelquefois un juge prononcer une condamnation conditionnelle? Pourquoi l'adjudication ne serait-elle pas aussi conditionnelle? Dans la loi 16 (2 D. X-2), Ulpien dit que l'adjudication d'un usufruit peut être faite *ex certo tempore*, sous un terme suspensif, et il en doit être de même pour la pleine propriété. Mais ce texte est suspect. Les *Fragmenta Vaticana* (49) disent que la question était au moins très douteuse, même pour l'usufruit. Paul était pour la négative, *quia nulla legis actio prodita est de futuro*. L'adjudication était donc une *legis actio*, comme l'*in jure cessio*, ce qui est une preuve de son antiquité. Si le terme suspensif était très probablement interdit, malgré l'avis contraire de quelques jurisconsultes, il en devait être ainsi *a fortiori* de la condition, quoique celle-ci puisse paraître nécessaire pour rétablir une égalité que le juge prévoit devoir être rompue. On ne peut rien conclure du silence de Papinien, qui omet aussi l'*in jure cessio*, et il est difficile de comprendre comment un juge, sans risquer de blesser l'égalité, peut soumettre au hasard la composition des lots, alors qu'il est tenu d'estimer toutes les choses héréditaires et ne peut le faire sérieusement que dans le présent. Il est vrai que le § 48 des *Fragmenta Vaticana* autorise l'adjudication d'un usufruit sous un terme extinctif, mais cela paraît exceptionnel, et en outre le droit n'est pas ici incertain ; il peut être évalué exactement par le juge. L'usufruit d'ailleurs par sa nature même est essentiellement temporaire, et on peut en diminuer la durée. En faveur de la condition, on a quelquefois invoqué la loi 22 (5, D. X-2), qui permet d'adjuger des choses au pouvoir de l'ennemi, mais il

s'agit ici d'une condition tacite, et Papinien admet formellement les conditions tacites, tout en excluant celles qui sont expresses. La condition est de plus nécessaire dans l'espèce, et elle porte moins sur l'adjudication que sur la chose elle-même. Son unique effet est d'autoriser l'adjudicataire à réclamer une indemnité si la chose reste chez l'ennemi, et le juge est même libre d'éviter ce recours éventuel en adjudgeant non la chose, mais la chance de la recouvrer, ainsi qu'on l'a vu.

L'adjudication étant, comme on l'a dit, un mode d'acquisition, de transfert de propriété, il en résulte que le partage judiciaire, comme le partage amiable du reste, avait un caractère translatif, à la différence de ce qui a lieu de nos jours. Après avoir examiné les effets propres de l'adjudication, il reste à examiner les effets du partage lui-même dans son ensemble, et en particulier les conséquences dues à son caractère translatif. Ces effets et ces conséquences n'ont d'ailleurs presque rien de spécial au partage judiciaire, et restent les mêmes quelle que soit la forme du partage.

Les droits réels qui ont pris naissance pendant l'indivision sur les parts indivises sont, après le partage, opposables au cohéritier qui a cette part dans son lot, même s'il n'est pas l'auteur du droit réel. Ce droit subsiste, car les ayants-cause à titre particulier ne prennent un bien que dans l'état où il se trouve lors de l'adjudication, et les copartageants ne sont que des acquéreurs à titre particulier. Il faut observer, qu'en fait de droits réels, il n'y a pas à s'occuper des servitudes prédiales ou d'usage, car elles exigent le concours de tous pour être instituées. Je suppo-

serai d'abord comme exemple qu'on se trouve en présence d'un usufruit ayant pris naissance sur une part indivise, car cette hypothèse se trouve prévue dans plusieurs textes, dont l'un des plus importants est la loi 31 (D. XXXIII-2) due à Labéon.

Celui qui avait avec toi un fonds commun avait légué à sa femme l'usufruit de ses biens. Après sa mort son héritier intente l'action en partage. Blæsus rapporte que Trebatius avait déclaré que, si l'arbitre partageait le fonds commun en deux parties divisées, l'usufruit de la part tombée dans ton lot n'appartient en aucune façon à la femme, qui aurait en revanche l'usufruit de toute la part échue à l'héritier de son mari. *Ego hoc falsum puto*, dit Labéon. En effet, avant le partage, l'usufruit avait appartenu à la femme sur une moitié indivise du fonds entier, et l'arbitre n'a pas pu, en jugeant entre deux personnes, altérer le droit d'une autre personne, non partie au procès, et c'est cette solution qui a effectivement prévalu. Trébatius était un contemporain d'Auguste: quant à Blæsus, il n'est guère connu. Le texte suppose deux co-propriétaires d'un fonds, mais il s'appliquerait aussi bien à deux cohéritiers. L'un d'eux, Titius, en testant avait institué un héritier et avait fait à sa femme un legs d'usufruit, le legs de l'usufruit du fonds. Deux questions se posent alors, la première relative à l'étendue du legs d'usufruit, et la seconde à son objet exact.

Quelle est d'abord l'étendue du legs? Est-ce l'usufruit du fonds qui a été légué, ou l'usufruit de la moitié indivise dont Titius était propriétaire? Si l'usufruit n'est que celui de la part appartenant au testateur, la veuve n'aura jamais, quoiqu'il arrive, que

l'usufruit de cette part, c'est à dire un usufruit de moitié. On ne peut, en effet, dépasser la volonté du défunt. Alors même que le fonds serait mis en entier dans le lot de l'héritier de Titius, la femme ne pourrait demander l'usufruit du tout, elle n'aurait que l'usufruit de la moitié du fonds. Si au contraire, c'est l'usufruit du fonds qui a été légué, comme le texte paraît le dire, Titius a légué l'usufruit d'une chose appartenant à autrui pour partie et à lui pour le surplus. Faut-il alors au legs de chose indivise appliquer les règles du legs de la chose d'autrui, et en particulier appliquer au legs d'usufruit de la chose d'autrui les conditions de validité du legs de la chose d'autrui ? A Rome. le légataire de la chose d'autrui peut se faire délivrer son legs en montrant que le testateur savait qu'il léguait la chose d'autrui. Si le testateur était dans l'ignorance, on pense qu'il n'aurait peut-être pas fait le legs, étant mieux informé. Lorsque le légataire est un proche parent ou la femme du testateur, il n'aura pas à faire la preuve précédente, car on admet qu'alors le testateur a su ce qu'il faisait. Si on applique ces principes ici, la femme aura droit à l'usufruit de tout le fonds. Aucun texte ne résout la question. Il est possible que les jurisconsultes n'appliquassent pas au legs d'une chose indivise les règles du legs de la chose d'autrui. Il y avait peut-être, en outre, des raisons spéciales pour ne pas appliquer au legs d'usufruit de la chose d'autrui ce qui est vrai du legs de la chose elle-même. Ainsi lorsque le propriétaire ne veut pas livrer la chose léguée, le légataire doit se contenter de la valeur de cette chose. Il est difficile de fixer cette valeur pour l'usufruit. En tous cas, il ré-

sulte du texte cité que le mari n'avait, dans le cas actuel, entendu léguer que l'usufruit de ce qui lui appartenait.

Sur quoi maintenant porte le legs d'usufruit fait à la femme ? L'héritier du mari intente l'action en partage ; le fonds étant divisible, une part a été adjugée au fils de Titius et l'autre à son co-propriétaire. Que devient alors l'usufruit ? Il semble résulter du texte que le légataire n'avait encore ni demandé, ni obtenu la délivrance de son legs au jour du partage. C'est ce qu'indiquent les mots : *nulla ex parte deberi*. L'usufruit, étant dû, n'était donc pas délivré. Le legs ne semble d'ailleurs pas être *per vindicationem* ; c'était plutôt, ainsi que cela était possible pour l'usufruit, un legs *per damnationem*. Au reste cette question est peu importante, et n'influe pas sur la décision à rendre, non plus que la question de savoir s'il y a eu ou non délivrance du legs. Je suppose d'abord qu'il n'y a pas eu de délivrance. Contre qui la femme intentera-t-elle l'action confessoire, et sur quoi porte son usufruit ? Trébatius répond que cet usufruit a pour assiette exclusive la part divisée qui a été mise au lot du fils de Titius grevé du legs. L'usufruit ne frappe en rien l'immeuble mis dans l'autre lot. C'est par suite contre l'héritier de Titius seul, que la femme doit intenter l'action confessoire, et revendiquer son usufruit si le legs est *per vindicationem*. L'autre co-propriétaire n'est passible d'aucune action. C'est aussi à l'héritier de Titius que la femme devra la *cautio usufructuaria* due par tout usufruitier.

Labéon, disciple de Trébatius pourtant, déclare son opinion fautive. En naissant, l'usufruit a, au jour

où le testament a été accepté par l'héritier, frappé la moitié indivise appartenant à Titius, puis à son héritier. Telle a été l'assiette du droit d'usufruit. L'arbitre n'a pas pu la modifier par son partage. Il a adjugé chaque moitié *cum sua causa*, avec l'usufruit de la femme. Le partage est attributif de propriété seulement ; l'objet de l'usufruit n'a pas été déplacé. La veuve continue donc à avoir l'usufruit de la moitié indivise de tout le fonds. Comme cette moitié se trouve maintenant pour partie entre les mains de l'héritier de Titius, et pour partie entre celles de son co-propriétaire, la femme, qui a besoin d'obtenir la délivrance de son legs, pourra intenteur l'action confessoire contre les deux parties, et le co-propriétaire sera tenu *propter rem*, comme tiers détenteur. La *cautio usufructuaria* sera due aux deux parties, car elles seront l'une et l'autre les nu-propriétaires de la femme. L'opinion de Labéon, quoique bizarre dans ses résultats, est la seule conforme aux principes du droit romain sur le caractère du partage. Les droits réels, frappant la chose indivise du chef d'un des co-propriétaires, survivent au partage ; telle est l'opinion qui a définitivement été admise.

Comment peut-on s'expliquer juridiquement, l'avis de Trébatius ? Faut-il croire, avec plusieurs interprètes, que Trébatius, voyant les inconvénients du caractère translatif du partage, voulait les éviter et essayait d'en faire un acte déclaratif, comme l'a proposé plus tard Dumoulin ? On peut le soutenir. Les inconvénients du caractère translatif sont évidents, dans le cas précédent, pour le co-propriétaire de l'héritier de Titius, qui se trouve en effet évincé

pour partie de son lot, et a droit à un recours en garantie contre son copartageant. Ce propriétaire va peut-être même demander la résolution du partage. Pour éviter cela, dit-on, Trébatius a proposé de décider que les droits réels constitués par un co-propriétaire ne seront pas opposables aux autres. La co-propriété ne serait ainsi qu'un état provisoire, et rien de définitif ne pourrait être fait pendant sa durée. La délivrance du legs, faite avant le partage, ne serait elle-même qu'une délivrance provisoire, et le partage permettrait de revenir sur ce qui a été fait à cet égard.

Mais est-il naturel de penser qu'un contemporain d'Auguste ait déjà prévu tous les inconvénients du caractère translatif ? Que l'idée vraie en matière de partage, soit l'idée moderne ou l'idée ancienne, il n'en est pas moins certain que pour les Romains l'état de co-propriété n'était, quoique transitoire, pas conditionnel, et que le partage était translatif. Trébatius a vu comme tout le monde. Seulement, dans le cas actuel, il ne trouvait aucun intérêt sérieux pour le légataire à invoquer le principe du caractère translatif du partage. Pour éviter un recours en garantie, il interprétait le legs d'usufruit comme si le testateur avait dit : je lègue l'usufruit de ma part définitive, de ce qui m'advient dans le partage. Il ne faut pas aller plus loin, et prêter à Trébatius la pensée d'appliquer toutes les conséquences du caractère déclaratif du partage.

Ainsi le fonds impartageable en nature peut avoir été adjugé au co-propriétaire de l'héritier de Titius. Faut-il décider, dans l'opinion de Trébatius, que l'usufruit tombe pour la totalité ? Ce serait contraire

à l'intérêt du légataire. Il y a bien, il est vrai, un remède à cet inconvénient, en transportant l'usufruit sur la somme payée à l'héritier, qui n'a rien reçu du fonds. Mais on remplace alors un usufruit par un quasi-usufruit, et cela n'a pas été admis toujours à Rome. Peut-être le quasi-usufruit n'existait-il pas encore à l'époque de Trébatius ? Ce n'est guère en effet que sous Auguste qu'on l'a admis d'une manière générale. Que faudrait-il aussi décider, si l'héritier de Titius avait le fonds entier ? La femme aurait-elle l'usufruit de tout le fonds ? Le texte ne dit rien. En tous cas, quoiqu'il en soit de la manière d'expliquer l'opinion de Trebatius, il est certain qu'elle ne fut pas acceptée. Ce qui *ab initio* a été frappé pour les Romains d'usufruit, c'est la moitié indivise du fonds. Le partage n'a pu déplacer l'assiette de cet usufruit. La femme aura donc, bien que ce soit une complication, deux nu-propriétaires au lieu d'un seul, et leur devra la *cautio usufructuaria*. Comme son usufruit porte sur de la co-propriété, elle se trouvera, quant à cet usufruit, en indivision avec les deux nu-propriétaires. L'usufruit formel sera indivis avec l'usufruit causal, ce qui ne veut pas dire qu'il y aura un véritable partage de l'usufruit entre les personnes précitées. L'usufruit en effet est bien divisible, mais non partageable, car c'est un droit inaliénable. On a déjà vu d'ailleurs à quels moyens indirects on pouvait recourir, pour partager pratiquement l'usufruit.

Comme résultat final de l'opinion de Labéon, on arrive à ce fait, que le co-propriétaire évincé aura un recours en garantie contre l'héritier de Titius. L'usufruitier pourrait-il être appelé au partage, pour évi-

ter ce recours et voir dire que son droit se reportera en entier sur le lot de l'héritier grevé du legs ? Non, dans l'opinion de Labéon, pas plus, qu'en cas d'échange, on ne peut contraindre l'usufruitier à reporter son droit sur l'objet que reçoit son ancien nu-propriétaire.

Si maintenant, on suppose la délivrance antérieure au partage, il n'y aura rien de changé quant aux résultats du partage, mais il n'y aura en général pas lieu à garantie, car le juge aura dû tenir compte de l'existence de l'usufruit en composant les lots, et aura donné une évaluation moins élevée à la moitié indivise qui est grevée.

Pour l'hypothèque constituée par un copartageant, on retrouve les mêmes résultats et les mêmes règles que pour l'usufruit.

Je suppose d'abord une hypothèque conventionnelle, c'est-à-dire l'hypothèque la plus ancienne et la seule prévue par l'Édit du prêteur. Primus a constitué une hypothèque sur la moitié indivise d'un champ, qui lui était commun avec Secundus, par exemple comme se trouvant compris dans une succession. Le champ est divisé en deux par le partage. Que devient alors l'hypothèque ? Gaïus répond à cette question dans la loi 7 (4 D. XX-6) : *illud tenendum est, si quis communis rei partem pro indiviso dederit hypothecæ, divisione facta cum socio non utique eam partem creditori obligatam esse, quæ ei obtingit, qui pignori dedit, sed utriusque pars pro indiviso pro parte dimidia manebit obligata*. L'hypothèque constituée par Primus ne se reporte donc pas, après le partage, sur la part attribuée à Primus

auteur de l'hypothèque. Est-ce là une condamnation implicite de Trébatius?

Il semble que oui; les mots *illud tenendum est* paraissent indiquer qu'il y avait eu de l'hésitation, et que certains auteurs avaient soutenu que l'hypothèque frappait seulement la part du concédant, ce qui eût été un résultat heureux. Seul, en effet, l'emprunteur eût été exposé à des poursuites de la part du créancier, et Secundus eût échappé à son action hypothécaire, ce qui est équitable, car il n'est pas obligé et n'est pas personnellement emprunteur. Mais telle n'est pas l'opinion qui l'a emporté. Le partage intervenu entre Primus et Secundus ne peut pas avoir pour conséquence de modifier la base de l'hypothèque, pas plus, qu'en cas d'échange, l'hypothèque qui grève un des biens ne se reporte sur le bien, qui vient à entrer dans le patrimoine du débiteur. Le partage est une espèce d'échange pour les Romains. Le créancier garde son hypothèque comme il l'avait avant. De la moitié indivise grevée, une partie, sans doute la moitié d'après le texte, est restée chez Primus après le partage, tandis que le surplus est passé chez Secundus. Les deux champs créés par le partage sont, l'un et l'autre, frappés d'hypothèque, mais pour une moitié indivise seulement. L'assiette de l'hypothèque ne s'est pas trouvée déplacée par l'aliénation d'une partie de la valeur grevée, aliénation résultant du partage. Seulement, la moitié indivise grevée primitivement se trouve pour partie entre les mains de Primus, le débiteur, et pour partie entre celles de Secundus, tiers détenteur. Aujourd'hui, il n'en serait plus de même avec le caractère déclaratif du partage. Les hypothèques,

avant le partage, ne peuvent être que conditionnelles, ce qui est un inconvénient. Cet inconvénient n'existait pas à Rome, où la théorie admise facilitait le crédit. Une loi récente, celle de 1874 sur l'hypothèque maritime, était revenue en partie au système romain, en conservant après le partage l'hypothèque constituée par un co-propriétaire seul, afin d'augmenter le crédit des armateurs, la propriété des quirkataires étant d'ailleurs appelée à durer. Mais la loi du 10 juillet 1885 ne permet plus aux co-propriétaires d'hypothéquer leur part, que s'ils ont la majorité prescrite par l'article 220 du Code de commerce, et l'hypothèque survit alors au partage.

Il résulte de ce qui précède que le créancier a désormais en face de lui, après le partage, deux personnes, Primus et Secundus, mais il n'y a d'hypothèque que sur la moitié indivise de leurs champs. Quel est le droit hypothécaire qu'il aura vis-à-vis d'eux? Pour le droit personnel il n'y a, bien entendu, rien de changé. Quant à l'hypothèque, ne donnant à l'origine que le *jus possidendi*, elle n'a pas tardé à conférer aussi le *jus distrahendi* au moyen d'une clause formelle, puis par nature, et enfin sous Justinien par essence. En outre, elle était munie du droit de suite. En face de Primus son débiteur, Titius créancier de 20.000 *solides* peut les demander par l'action personnelle; avec l'action hypothécaire, intentée soit contre Primus, soit contre son *curator bonorum vendendorum* s'il est en faillite, il demandera à être mis en possession de son hypothèque, c'est-à-dire de la moitié indivise du champ de Primus. *Possessionem rei obligatæ persequitur, adipisci vult*. Le juge de l'action hypothécaire émettra un *arbitratus*, invitant

le défendeur à délaisser la moitié indivise du champ, si mieux il n'aime payer les 20.000 *solides*. Si l'*arbitratus* reste sans effet, la condamnation sera de 20.000 *solides*, montant de l'obligation, car le créancier n'a pas d'intérêt au-delà. Vis-à-vis de Secundus, il n'y a plus d'action personnelle possible. Secundus n'est passible que de l'action hypothécaire sur la moitié indivise de son champ. Pour échapper à la condamnation, il n'a à délaisser que cette moitié indivise, et s'il est condamné faute d'exécution de l'ordre du juge, on ne pourra le condamner qu'à la valeur de cette moitié indivise. Si Secundus veut payer la dette pour échapper au délaissement, il devra payer la dette entière, les 20.000 *solides*, à cause de l'indivisibilité de l'hypothèque. Chaque fraction de la chose répond du paiement de la totalité de la dette; ainsi est présumé l'avoir voulu le créancier, sauf convention contraire. La situation de Secundus se trouve donc plus favorable que celle de Primus, ce qui se comprend, car il n'est pas personnellement obligé. Le droit romain, pour la même raison, décide en outre que l'on devra accorder au tiers détenteur un recours aussi énergique que possible; ce recours s'exerce au moyen du bénéfice de cession d'actions, bénéfice qui existe dès que le détenteur est un *justus possessor*. Le détenteur peut refuser de payer si le créancier refuse de céder ses droits et actions. Par cette cession, le cessionnaire est mis pratiquement aux lieu et place du créancier avec toutes les sûretés personnelles et réelles garantissant la dette. Secundus a aussi un autre avantage. L'hypothèque s'éteint par prescription plus rapidement au profit du tiers détenteur, que du débiteur. Jusqu'à

Justinien, l'action hypothécaire était imprescriptible quant aux biens hypothéqués restés chez le débiteur, alors que, depuis Théodose II, l'action personnelle se prescrivait par 30 ans. Justinien déclara que l'action hypothécaire se prescrirait par 40 ans pour le débiteur principal. Au contraire Secundus, supposé de bonne foi, pourra prescrire l'hypothèque qui frappe son champ par 10 ou 20 ans; il a en effet un juste titre, le partage. C'est le prêteur qui, à une époque inconnue, lui a donné cette *præscriptio longi temporis*. Si Secundus n'est pas de bonne foi et connaît l'hypothèque constituée par Primus, il ne pourra plus invoquer que la prescription de 30 ans.

On vient de voir que Secundus peut, par une conséquence du partage, se trouver évincé d'une partie du bien mis dans son lot. Il aura alors un recours contre Primus. Les copartageants devaient toujours redouter cette éventualité, surtout avec une hypothèque clandestine. Pouvait-on éviter ce danger? Il y avait certains procédés pour cela. Un premier moyen, le meilleur, mais le plus difficile, était d'obtenir la renonciation du créancier à son hypothèque sur la part mise au lot de Secundus. Pour déterminer le créancier, Primus peut lui offrir une hypothèque sur la totalité de sa part. Il peut sembler, au premier abord, que cette nouvelle hypothèque équivalait à l'hypothèque sur la part indivise. Mais c'est là une erreur. L'hypothèque nouvelle n'a de rang, en effet, que du jour de sa constitution et peut se trouver ainsi inférieure à la première. Secundus peut avoir constitué des hypothèques sur sa part indivise, qui primeront l'hypothèque offerte au créancier de Primus, lequel aurait alors deux hypothèques, avec

deux dates différentes, sur deux parts distinctes du fonds attribué à Primus. Si le créancier acceptait cependant l'offre qui lui est faite, un simple pacte suffirait, car il n'y a qu'une constitution d'hypothèque à effectuer. On pourrait, dans certains cas, présumer l'acceptation par la présence du créancier au partage sans opposition de sa part.

Un autre moyen consisterait à payer le créancier avant le partage, mais peut-être ne veut-il pas être payé. Le terme peut avoir été stipulé en sa faveur.

Un troisième moyen est indiqué par Ulpien dans la loi 6 (8, D. X-3). Après avoir déclaré que l'hypothèque, constituée sur partie d'un fonds par un co-propriétaire, reste intacte alors même que ce fonds est adjugé pour la totalité à l'autre co-propriétaire, il ajoute que, d'après Julien, le juge devra estimer d'autant moins la part mise au lot du co-propriétaire Secundus, qui n'a pas constitué d'hypothèque, car le créancier peut, dans l'avenir, aliéner *ex pacto* la chose hypothéquée. Pour prévenir le recours de Secundus contre Primus après l'exercice du *jus distrahendi*, le juge va donner à la part de Secundus une estimation d'autant moindre, qu'il est exposé à payer quelque chose. C'est la valeur de la moitié indivise, que peut *distrahere* le créancier, qu'il faut soustraire dans l'estimation de la part de Secundus. Si celui-ci se trouve alors obligé de payer, il n'aura payé que ce qu'il devait et n'aura pas de recours. Si Primus payait toute la dette, il aurait alors une action en supplément de partage, car il n'a pas reçu tout ce qui lui revient. Aussi le moyen précédent n'est-il pas très pratique.

Un autre procédé n'est que l'application d'un

principe plus général, d'après lequel, toutes les fois qu'on est exposé à devenir créancier de quelqu'un et qu'on craint son insolvabilité, on se fait donner par lui des sûretés. Secundus, exposé à payer pour Primus, peut alors se faire donner des cautions par lui. Papinien, dans la loi 3 (2, D. XX-4), suppose qu'une hypothèque est donnée dans ce but par Primus à Secundus. Après un partage effectué en nature, il a été convenu entre deux frères co-partageants, que, si l'un d'eux ne libérerait pas vis-à-vis de son créancier la part indivise du champ commun, qu'il avait hypothéqué à ce créancier, l'autre pourrait aliéner, *distrahere*, la moitié de la partie que le partage a fait acquérir au premier frère. Il y a là, dit Papinien, une constitution d'hypothèque, et le premier créancier en date, c'est-à-dire le tiers, ne sera pas préférable au second, ou au frère, car la deuxième hypothèque n'a pas pour assiette la même part que la première. Les deux hypothèques ont pour assiette des valeurs différentes. Le texte suppose vraisemblablement que le partage a eu lieu à l'amiable entre les deux frères, mais le résultat serait le même en cas de partage judiciaire, le juge pouvant imposer aux héritiers de conclure, ou ceux-ci pouvant conclure d'eux-mêmes, la convention précitée. Après le partage, l'hypothèque primitive frappe, comme on l'a vu, la moitié de la part de Primus et de celle de Secundus. Ce dernier, par conséquent, quoique n'ayant pas emprunté, est exposé comme tiers détenteur à être poursuivi hypothécairement pour Primus. Il aura, après avoir payé ou après délaissement fait de la chose, un recours en garantie contre Primus. Pour échapper à l'insol-

vabilité de celui-ci, il a fait avec lui, au moment du partage, une convention d'après laquelle, s'il est forcé de payer, il aura pour se couvrir de son avance le *jus distrahendi partem dimidiam ex divisione quaesitæ partis*, c'est-à-dire le droit de prendre la moitié acquise par Primus de Secundus par l'effet du partage. Cette moitié n'est pas grevée de l'hypothèque de Titius, le prêteur d'argent. Papinien décide que la convention par laquelle Secundus s'est réservé le *jus distrahendi*, est un pacte d'hypothèque; à Rome la constitution d'hypothèque était purement consensuelle, et peut donc être tacite comme tous les actes consensuels, car elle n'exige que le concours de deux volontés sans signe extérieur.

Secundus, bien qu'il n'ait pas parlé de *pignus* ni d'*hypotheca*, est réputé s'être fait constituer une hypothèque, sous condition suspensive, il est vrai. Si Primus paie sa dette, l'hypothèque n'aura pas d'effet. Mais Primus ne remboursant pas, Secundus deviendra, en payant, son créancier et il aura une hypothèque pour se couvrir de ses avances, car la condition prévue s'est réalisée. Si Primus est insolvable, Secundus aliénera la moitié qui lui est affectée, et se remboursera à due concurrence. Aujourd'hui la même situation ne saurait plus se présenter à cause de l'effet déclaratif du partage. De plus, le copartageant évincé comme tiers détenteur n'a plus besoin de prendre lui-même des sûretés spéciales. La loi lui donne en effet dans l'article 2103 un privilège sur les immeubles de la succession, ce qui est encore plus avantageux pour lui que l'hypothèque romaine.

Papinien, dans le texte cité, se préoccupe en outre d'un conflit de droits, et du rang des hypothèques

grevant le lot de Primus. Il déclare qu'il n'y a pas de concurrence possible entre les créanciers hypothécaires, Secundus et Titius. Secundus, quoique le deuxième en date, n'a pas à redouter d'être primé par Titius, car les hypothèques ont pour assiette des valeurs différentes, des quote-parts indivises qui ne sont pas les mêmes. Titius a une hypothèque sur la part qu'avait Primus dans le fonds commun. Secundus, au contraire, a une hypothèque sur la moitié de la part qu'il a lui-même transmise à Primus par le partage. Il n'y a donc pas de concours possible entre eux deux.

A côté de l'hypothèque conventionnelle, il y a des hypothèques légales. La seule qu'il soit intéressant d'étudier, à propos de l'action *familiæ erciscundæ*, est celle des légataires établie par Justinien. Je suppose qu'un legs de 100 ait été fait au profit de Titius, à la charge de deux héritiers Primus et Secundus, institués chacun pour des parts égales. En réalité on est en présence de deux legs, car les obligations résultant du testament se divisent de plein droit entre les héritiers qui acceptent la succession, de même que les dettes. Titius a donc deux créances de 50 absolument indépendantes; l'insolvabilité de Primus n'augmentera pas la charge de Secundus. Tous deux sont débiteurs conjoints. Titius, ayant deux créances, aura deux hypothèques grevant la moitié indivise de Primus, et la moitié indivise de Secundus. Sa situation est la même que celle d'un prêteur d'argent, qui viendrait à consentir à Primus et à Secundus deux prêts de 50 chacun, en se faisant constituer des hypothèques distinctes sur les parts indivises leur appartenant. La seule différence, c'est

que dans le premier cas les hypothèques sont légales, et dans le second conventionnelles. Titius ne pourra pas demander hypothécairement à un des héritiers plus qu'il ne pourrait lui demander personnellement; chacun ne doit que 50, le legs étant de 100, ne pourra être poursuivi que pour 50, et sera absous en payant 50 ou en délaissant sa part indivise. Quand Titius voudra avoir la possession de toute la succession, comprenant par exemple deux domaines d'égale valeur, il devra poursuivre hypothécairement Primus et Secundus, car il a deux hypothèques.

Aujourd'hui, avec l'article 1017 Civ., il semble qu'il en soit autrement. Chaque héritier peut être poursuivi hypothécairement pour le tout, et cette règle s'applique même pendant l'indivision; car elle est absolue. La solution romaine était plus conforme aux principes. Quand un créancier a, en effet, deux débiteurs non solidaires avec des biens différents affectés hypothécairement à des créances, il a deux hypothèques, et ne devrait pas poursuivre hypothécairement un de ses débiteurs, plus qu'il ne le pourrait personnellement.

On a conjecturé que l'indivisibilité de l'hypothèque avait pu tromper le législateur moderne. Mais c'est se faire illusion sur cette indivisibilité, et sur ses caractères. Quand on a hypothéqué deux domaines à une dette, le créancier a une créance et une hypothèque uniques, et les conserve pendant la vie de son débiteur. Celui-ci étant décédé la dette se divise, mais non l'hypothèque qui reste au contraire une. Voilà ce que signifie l'indivisibilité en matière hypothécaire. L'accessoire ne suit pas le principal. Telle

n'est pas la situation pour le légataire. Jamais le testateur n'a été son débiteur. L'obligation de Primus et Secundus n'a pris naissance qu'à la mort du testateur, et est *née double*. Titius a toujours eu, par suite, deux créances et deux hypothèques affectant des valeurs distinctes en droit. Il ne peut y avoir rationnellement d'indivisibilité entre ces deux hypothèques ; car l'indivisibilité est l'absence de division d'un droit qui a été un. Ici l'indivisibilité serait la *réunion* de deux droits différents. C'est par une faveur spéciale et tout à fait exceptionnelle, que le législateur moderne n'a pas admis le partage de l'action hypothécaire ; s'il l'avait admis, il n'aurait porté aucune atteinte à l'indivisibilité de l'hypothèque.

Après le partage, y a-t-il un changement dans le droit de Titius ? Primus a le domaine A, et Secundus le domaine B. Le partage a un caractère translatif, et l'hypothèque confère le droit de suite. Je suppose d'abord que Titius soit prêteur d'argent, et non légataire. Il avait deux hypothèques distinctes pour deux dettes de 50. Chaque débiteur ne doit personnellement que 50, mais après le partage il sera tenu hypothécairement pour le tout. Ce n'est cependant pas l'indivisibilité de l'hypothèque, qui en sera la cause, mais bien le droit de suite attaché à l'hypothèque. Le créancier a toujours deux hypothèques malgré le partage, mais voici le changement qui s'est produit. Chaque hypothèque repose maintenant sur un bien, placé pour moitié dans le lot du débiteur personnel et pour moitié dans celui d'un tiers détenteur. Primus a dans son lot le domaine A, par exemple. La moitié indivise de ce domaine est grevée de l'hy-

pothèque qu'il a constituée, et l'autre moitié est grevée de l'hypothèque de Secundus. Primus est, en effet, son ayant-cause pour cette moitié, et devra subir l'hypothèque qu'il a créée pendant l'indivision. Que Titius s'adresse dès lors à Primus ou à Secundus, il pourra demander à chacun 100. On peut transporter ce raisonnement à l'hypothèse de Titius légataire et créancier hypothécaire à raison de son legs, et on arrivera aux mêmes résultats. Primus et Secundus ont acquis l'un de l'autre par le partage des parts indivises grevées d'hypothèque; chacun, après le partage, pourra par conséquent être poursuivi pour ce qu'il doit, et pour ce que doit son cohéritier. On arrive à peu près au même résultat qu'en droit français, mais pas à cause de l'indivisibilité de l'hypothèque. Il y a cependant quelques différences entre les deux législations. A Rome, Titius a toujours deux hypothèques, même après le partage. Ces deux hypothèques, ont toujours pour assiette des parts indivises de co-propriété. Si donc Primus paie les 50 qu'il doit personnellement, ce paiement éteindra l'hypothèque, qui garantissait le legs mis à sa charge. La part indivise qui en était grevée se trouve pour moitié chez Primus, et pour moitié chez Secundus. Titius, à qui il est encore dû 50, n'aura plus d'hypothèque que sur la moitié indivise de Secundus, c'est-à-dire sur la moitié indivise du domaine A, qui appartient à Primus, et la moitié indivise du domaine B, qui appartient à Secundus. Poursuivi hypothécairement, Primus pourra se libérer en abandonnant la moitié indivise du domaine A, car l'autre moitié se trouve dégrevée. En droit français au contraire, la loi a établi une hypothèque unique

au profit du légataire, et cette hypothèque est indivisible. Chaque bien de la succession est frappé pour le tout. Quand Primus aura payé sa part personnelle du legs, il n'échappera aux poursuites pour le surplus, qu'en abandonnant tout l'immeuble mis dans son lot. Cela est moins favorable pour l'héritier. En sens inverse il y a, en droit romain, une autre conséquence des principes, qui est désavantageuse à l'héritier. Il faut supposer, pour cela, que le testateur avait mis le legs à la charge exclusive de Primus. Après le partage, Secundus sera-t-il exposé aux poursuites de Titius ? Oui, mais seulement comme tiers détenteur. En effet, le partage lui a fait acquérir la moitié indivise de Primus, qui était frappée d'hypothèque au profit de Titius. En France, l'article 1017 frappe d'une hypothèque indivisible l'héritier en tant que débiteur personnel ; l'héritier, non débiteur personnel, ne sera pas frappé par l'hypothèque même après le partage, qui est purement déclaratif.

Quelques commentateurs ont contesté les résultats qui précèdent, en soutenant que, même après le partage, chaque héritier ne pouvait être poursuivi hypothécairement, que dans la mesure où il pouvait l'être personnellement. Ils invoquent en ce sens un argument de texte tiré d'une Constitution de Justinien (1-fin. C. VI-43) : *In omnibus autem hujusmodi casibus in tantum et hypothecaria unumquemque conveniri volumus, in quantum personalis actio adversus eum competit*. Justinien, ayant créé l'hypothèque des légataires, pouvait la créer comme il l'entendait, et la restreindre après le partage. C'est, dit-on, ce qu'il a fait. La Constitution de

Justinien ne distingue pas en effet entre les poursuites antérieures ou postérieures au partage, et limite à 50 les poursuites hypothécaires. Primus, poursuivi après le partage, ne devra hypothécairement que 50. On peut répondre à ce raisonnement qu'il néglige le caractère translatif du partage, en interprétant la Constitution de Justinien, qui n'est pas assez formelle, et ne vise que l'époque antérieure au partage. Il est vrai que Justinien ne distingue pas, et qu'il a certainement dû songer au partage, événement nécessaire et prochain. Titius aura alors, après le partage, une hypothèque pour 50 sur le domaine A et une autre pour 50 sur le domaine B. On prétend, en outre, que cette opinion est conforme au but du législateur qui a voulu mettre les légataires à l'abri de l'insolvabilité des héritiers, mais n'a pas voulu pour cela exposer les héritiers à des recours réciproques. Malheureusement cette opinion conduit à une conséquence, que l'on ne peut guère accepter. Supposons qu'il n'y ait dans la succession qu'un bien impartageable. Ce bien est donné en entier à Primus moyennant une soulte. Le légataire ne pourra demander personnellement et hypothécairement que 50 à Primus. Les 50 dus par Secundus ne seront garantis par rien, car Secundus n'a rien eu de la succession, et sa créance contre Primus ne sert pas de gage au légataire. Aussi vaut-il mieux s'en tenir à l'opinion commune, qui reste fidèle aux principes.

Il y a une deuxième application du caractère translatif du partage à examiner. Le partage constitue un juste titre d'usucapion ou de *longi temporis præscriptio*. Il faut supposer que Primus et Secundus ont fait entrer dans le partage un bien ne leur appar-

tenant pas, qu'ils ne pouvaient par conséquent pas partager. Un texte prévoit la question, la loi 17 due à Marcellus (D. XLI-3) : *Si per errorem de alienis fundis, quasi de communibus, iudicio communi dividundo accepto ex adjudicatione possidere cœperim, longo tempore capere possum*. Le texte ne parle que de la *præscriptio longi temporis*, mais il peut s'appliquer également bien à l'usucapion. Primus et Secundus ont partagé entre eux le fonds A, qui appartient à Titius, sans qu'ils le sachent. C'est à Primus qu'est échu le fonds. Secundus lui a transporté pour cela, ou le juge lui a adjugé, la moitié indivise qui paraissait appartenir à Secundus dans ce fonds. L'adjudication constituera pour Primus un juste titre pour prescrire. Primus, par hypothèse, est de bonne foi ; il croyait le fonds A un fonds héréditaire ; il pourra donc prescrire, mais que prescrira-t-il ? Il faut faire intervenir pour cela le caractère translatif du partage. Ce que le partage aurait fait acquérir à Primus, si le fonds A avait réellement appartenu aux copartageants, c'eût été la moitié indivise de A ; l'autre moitié, Primus l'aurait tenue du défunt, et le défunt n'en était pas propriétaire. Primus n'a acquis que la possession du fonds A. Il tient cette possession pour moitié du défunt, et est successeur à titre universel pour cette moitié. Il continue la possession du défunt. Si celui-ci était de mauvaise foi, Primus subira les effets de cette mauvaise foi, et, tout en étant lui-même de bonne foi, il ne pourra prescrire. La mauvaise foi du défunt nuit à son héritier. Au contraire, l'autre moitié, Primus la tient du partage, de Secundus. Il l'a acquise à titre singulier. La mauvaise foi de l'auteur, dans ce cas, ne

ne pas à l'acquéreur qui est personnellement de bonne foi. Il n'y aura alors que cette moitié indivise que Primus pourra prescrire. Le partage constitue donc un juste titre d'usucapion, mais seulement quant à la co-propriété. Au bout de deux ans, Primus aura continué, comme le défunt, à ne pas pouvoir prescrire la moitié indivise qu'il tient de ce défunt, et l'autre moitié il l'aura acquise par prescription. Il sera alors co-proprétaire avec Titius. Aujourd'hui il n'en serait plus ainsi. Le cohéritier ne peut prescrire, que si le défunt prescrivait, car il est réputé tenir de celui-ci tout ce qui forme son lot. Cela est plus équitable et moins dangereux pour le véritable propriétaire.

Une autre conséquence du caractère translatif du partage est la garantie. Les copartageants sont respectivement garants des évictions provenant d'une cause antérieure au partage. La garantie est l'obligation, qui incombe à tout aliénateur à titre onéreux, de réparer les conséquences de l'éviction subie par l'acquéreur. L'aliénateur doit indemniser son acquéreur du préjudice causé par la privation de l'objet acquis. Dans toute opération commutative, chaque partie entend recevoir et garder l'équivalent de ce qu'elle aliène. Quand une des parties est privée de ce qu'elle a reçu, elle est évincée et a droit à des dommages-intérêts de son co-contractant. La cause de la garantie, c'est donc l'éviction de l'acquéreur, laquelle provient d'un défaut de droit chez l'aliénateur. Ou bien, ce qui est le cas le plus ordinaire, l'aliénateur n'était pas propriétaire de ce qu'il a aliéné, ou bien, il était réellement propriétaire, mais incomplètement; sa chose était par exemple hypo-

théquée, et le créancier a intenté contre l'acquéreur l'action quasi-servienne. C'est à propos de la vente surtout, que les jurisconsultes romains s'occupent de la garantie qui est de la nature de la vente, bien qu'à l'origine une stipulation fût nécessaire pour la garantie, stipulation ordinairement du double. Mais la garantie n'est pas spéciale à la vente. Le partage est incontestablement un acte commutatif et à titre onéreux, et emporte l'obligation de garantie. Cela peut facilement s'expliquer avec le caractère translatif du partage. Les copartageants sont en effet des ayants-cause à titre particulier. Aujourd'hui la garantie existe encore malgré le caractère déclaratif du partage, mais on la base sur le principe de l'égalité, qui doit régner dans tout partage.

Le partage judiciaire donne ouverture à la garantie comme le partage amiable, car les raisons sont les mêmes en équité et en raison. Chaque copartageant doit réellement recevoir l'équivalent de ce qui est adjugé aux autres copartageants. Seulement quelle action aura-t-il, quand il sera évincé ? Dans le partage amiable, on se trouve en présence d'actes conventionnels et même contractuels, ce qui explique facilement la naissance d'une action. Ici, il n'y a plus de contrat proprement dit. C'est la volonté du juge qui a tout fait. Comment faire découler une action de l'adjudication ?

Si l'on se place avant l'Empire, avant l'action *præscriptis verbis*, le juge de l'action en partage, en vue d'une éviction possible, fera prendre aux plaideurs des engagements réciproques, fera intervenir entre eux des *cautiones de evictione*. Cela était habituel à Rome. Les cautions se donnaient

sur l'invitation du juge, sinon par son ordre. Si le défendeur refuse la caution, le juge le menace d'une condamnation importante, du *juramentum in litem*. Si c'est le demandeur qui refuse, on le menace d'absoudre le défendeur. Le juge, dans l'espèce, invitera donc les copartageants à promettre des indemnités en cas d'éviction. C'est ce que dit la loi 25 (21, D. X-2) : *item curare debet (arbiter), ut de evictione caveatur, his quibus adjudicat*. Pour l'action *communi dividundo* de même, la loi 10 (2, D. X-3) déclare que le juge devra estimer le bien à partager à juste prix et sans crue, et faire prendre des engagements aux copartageants en vue d'une éviction. Quel était l'objet des stipulations *de evictione* ? Comme dans la vente, consistaient-elles en des stipulations pénales ? On a soutenu que oui, et on s'est demandé alors si on stipulait le simple ou le double par imitation de la stipulation *duplæ*. Mais cela paraît peu exact.

Un texte déjà cité parle de l'évaluation au simple, et on a vu, à propos de la licitation, que la stipulation du double était contraire à l'égalité, qui doit toujours être la base du partage. Il est probable que l'objet de la caution consistait dans une promesse d'indemnité réglée, non d'après la valeur de la chose, au moment de l'éviction, ce qui fera, comme on le verra, l'objet de l'action *præscriptis verbis*, mais d'après l'estimation que le juge a dû faire des choses héréditaires pour procéder au partage. En effet, la loi 10 (2, D. X-3) rapproche la caution de l'estimation préalable au partage, et la Constitution 7 (C. III-38) oppose l'action *ex stipulatu* à l'action *præscriptis verbis*. Néanmoins, on

ne sait rien de certain à cet égard. Il est probable aussi que la caution était une simple *promissio* et non pas une *satisfactio*. Elle pouvait cependant être accompagnée de garanties. Quand, plus tard, l'action *præscriptis verbis* devint possible, elle pouvait se trouver écartée par le créancier, qui préférerait l'action *ex stipulatu* à cause de ses garanties. En revanche, comme cette action avait pour objet sans doute une somme fixe, elle était, dans certains cas, inférieure à l'action *præscriptis verbis*, qui devait réparer tout le préjudice causé par l'éviction, les dommages intérêts étant calculés sur la perte réelle subie, que la chose évincée ait ou non augmenté de valeur.

Les Romains ont plus tard fait profiter le partage judiciaire des progrès réalisés en faisant du partage conventionnel un contrat innommé. Les stipulations ne seront plus indispensables, tout en restant utiles. Le copartageant évincé aura, dans le partage judiciaire comme dans le partage amiable, le choix pour se faire indemniser entre l'action *ex stipulatu* et l'action *præscriptis verbis*. Cela permet alors de dire que le partage judiciaire emporte de droit obligation de garantie, comme le partage amiable, et cette obligation est sanctionnée légalement par l'action *præscriptis verbis*, est contractuelle. Les Romains en admirent cependant la possibilité, car le juge, dans l'action *familiæ erciscundæ*, fait en réalité ce que les parties auraient dû faire. Il crée, et ne reconnaît pas seulement, des droits et des obligations. Il faut d'ailleurs protéger également le partage amiable et le partage judiciaire. La Constitution 14 (C. III-36) nous montre que la garantie exis-

tait même sans convention formelle. Si dans l'instance en partage entre ton frère et toi, dit-elle, instance dans laquelle les biens paternels ont été également partagés entre vous, il n'a rien été convenu de spécial au sujet de l'éviction des choses mises dans vos lots, le président de la province contraindra par l'action *præscriptis verbis* ton frère et cohéritier à supporter une partie du préjudice, dont tu as été victime par l'éviction d'une *possessio*. L'action *præscriptis verbis* sanctionne ainsi l'obligation de garantie. La garantie n'est d'ailleurs pas de la nature du partage, car on peut l'exclure par une clause spéciale.

Aujourd'hui, le Code exige une clause spéciale prévoyant en outre une espèce d'éviction particulière. Le partage aléatoire n'est pas admis; rien de pareil ne semble avoir existé à Rome; au moins les textes n'en font-ils pas mention.

L'étendue de l'obligation de garantie est de tout le préjudice causé par l'éviction. Il faut prendre la valeur du fonds évincé au jour de l'éviction, et non au jour du partage, car c'est cette valeur qui est enlevée au cohéritier évincé. Le préjudice causé sera, bien entendu, réparti entre les cohéritiers au *prorata* de leurs parts, y compris celui qui est évincé (L. 66-3, D. XXI-2).

L'obligation de garantie n'était pas, en l'absence de stipulation, absolument générale. Elle cessait dans une hypothèse dont parle une Constitution relative, il est vrai, au partage amiable, mais qui doit s'appliquer, pour identité de motifs, au partage judiciaire (C. 7-C. III-38). Il s'agit d'un fonds indivis entre quatre frères au moins, car il y en a deux qui

consultent l'empereur, et la consultation est demandée contre plusieurs autres. Un immeuble, un *prædium*, était indivis entre ces frères. Deux d'entre eux ont grevé d'une hypothèque, *obligatio rei*, les parts indivises qu'ils avaient dans ce fonds, puis le partage a eu lieu. Le *prædium* a été mis dans le lot des autres frères qui n'avaient pas donné l'hypothèque, mais doivent cependant la subir. Il y a eu éviction et action en garantie. Il se présente alors deux situations.

1° Les frères évincés ignoraient l'existence de l'hypothèque. Ils réclameront une indemnité, soit par l'action *stipulatu*, s'il y a eu une caution *de evictione*, soit dans le cas contraire par l'action *præscriptis verbis*.

2° Les frères *sciebant obligationem*. Leur droit à garantie est alors restreint par interprétation de volonté. S'ils ont prévu l'éviction et se sont ménagé un recours par une stipulation, ils auront l'action *ex stipulatu*, peut-être aussi l'action *præscriptis verbis*, quoique cela soit douteux. S'ils ont gardé le silence sur la garantie, on interprète, à tort ou à raison, le partage intervenu comme aléatoire par rapport à l'hypothèque constituée par leurs frères. Ils n'auront pas d'action en garantie, et sont présumés avoir pris le fonds à leurs risques et périls.

On voit donc que, malgré l'existence de l'action *præscriptis verbis*, une stipulation de garantie était très utile, souvent même nécessaire. C'est ce qui explique les textes cités, qui ne font pas de distinction et prescrivent au juge, au moins à titre de devoir moral, de faire intervenir des cautions *de evictione*. Quand aucune cause d'éviction n'était prévue,

cela avait au moins l'avantage de supprimer toute discussion sur la connaissance que pouvaient avoir, ou n'avoir pas, de cette cause les cohéritiers. Mais, quand on savait d'avance qu'une éviction était possible, la stipulation de garantie était presque une nécessité. Aussi la trouve-t-on mentionnée dans un grand nombre de fragments examinés au cours de cette étude. On peut encore citer le fragment suivant, qui impose aux cohéritiers l'obligation de s'engager à conférer au cohéritier adjudicataire d'un bien tout ce qu'ils ont pu recouvrer sur ce bien. Il est bien évident que ceux qui sont tenus à garantie ne pouvaient pas évincer eux-mêmes, en tout ou en partie, celui qu'ils seraient les premiers à devoir indemniser, et il y aurait une véritable éviction s'ils gardaient pour eux le profit d'une action concernant une chose commune, qui ne leur appartient plus. Pomponius, dans le texte en question (L. 47, D. X-2), suppose que des contestations se sont élevées relativement à la propriété d'un fonds héréditaire. Tant que le partage n'est pas fait, et même alors que l'action *familiæ erciscundæ* est engagée, mais non terminée, les cohéritiers gardent leur liberté d'action, et peuvent agir contre celui qui conteste la propriété du fonds, mais seulement pour leur part et portion. Si le juge adjuge la propriété du fonds à l'un des héritiers, il devra obliger les parties engagées dans le procès sur la propriété à s'obliger par caution à rendre tout ce qu'elles auront recouvré au moyen de leur action. Si l'action n'a pas été intentée, la caution devient inutile ; c'est l'adjudicataire seul, en effet, qui pourra agir, et il n'aura rien à réclamer.

En outre, et par une juste compensation, l'adjudicataire du fonds litigieux, à qui on promet de rendre le bénéfice retiré des actions de ses cohéritiers, devra s'obliger à rembourser à ceux-ci les dépenses faites par eux pour la poursuite du droit contesté. Il faut observer que les cohéritiers ne devront rendre compte que des actions qui naissent d'un droit réel sur la chose, des actions *rei persecutoriaë*, mais qu'ils pourront garder celles qui sont l'exercice d'un droit personnel, que celles-ci d'ailleurs aient été ou non déjà exercées par eux. C'est ce que dit avec raison Pomponius dans la loi 47 (1, D. X-2), à propos de l'action *furti*. Cette action appartient exclusivement, pour sa part et portion, à chaque cohéritier, car elle est pénale et a pour but de satisfaire le légitime désir de vengeance de ce cohéritier. Comme elle ne tend pas à réparer le préjudice causé par le vol, elle n'entre pas dans l'action en partage.

Pour terminer ce qui concerne les effets de l'action *familiæ erciscundæ*, je ferai remarquer que la sentence rendue n'est pas opposable seulement à ceux qui ont été personnellement parties au procès, mais qu'elle l'est également à ceux qui peuvent être considérés comme légalement représentés par une des parties. Cela a lieu, bien entendu, pour les incapables qui sont remplacés dans l'instance par leurs représentants légaux. Mais l'héritier, chargé de restituer un fidéi-commis, remplace le fidéi-commissaire, quand la restitution n'a pas encore eu lieu, et le partage est opposable à ce fidéi-commissaire (XXXVI-1. *Ad S. C. Trebellianum*). C'est là d'ailleurs une règle générale; elle s'applique aussi bien à l'acheteur par rapport au vendeur, quand la vente n'a pas en-

core été suivie de livraison, qu'au créancier gagiste vis-à-vis de son débiteur (L. 7-13. D. X-3). Seulement l'acheteur et le créancier, étant des acquéreurs à titre particulier, cette dernière application de la règle est spéciale à l'action *communi dividundo*, et ne se retrouve pas dans l'action *familiæ eriscundæ*.

CHAPITRE SIXIÈME

CAUSES DE NULLITÉ DU PARTAGE

Je vais examiner maintenant les causes de nullité ou rescision du partage ; il n'y a guère à distinguer à ce sujet entre le partage amiable ou judiciaire. Il faut observer d'ailleurs que les Romains n'admettaient pas la règle : en matière de jugements, nullités n'ont lieu. Pour eux, la nullité était un vice empêchant l'acte ou le jugement de prendre naissance ; l'acte n'a qu'une existence apparente.

Les Romains ne connaissaient pas la distinction actuelle entre les nullités apparentes ou relatives ; dans les législations naissantes, en effet, toutes les nullités sont absolues. A côté de la nullité, il y a la rescision qui éveille l'idée d'un vice moins profond, de ces vices, de ces défauts, dont le vieux droit civil ne tenait pas compte, et qui ont été ensuite admises par le préteur, notamment au moyen de l'*in integrum restitutio*. Il faut aussi, à côté de la nullité et de la rescision, mentionner la résolution et la révocation. La résolution est l'objet de la *condictio ob causam datorum*. En matière de partage amiable elle était admise certainement dans diverses hypothèses, mais des doutes graves se sont élevés relativement à la possibilité de demander la résolution d'une manière générale.

Pour le partage judiciaire, il ne semble pas qu'il y ait lieu de parler de la résolution, la *condictio* supposant un contrat ou une convention préalables. A l'égard de la révocation, c'est une demande dirigée contre le partage pour cause de fraude par les créanciers d'une des parties. Elle donne lieu à l'action révocatoire ou paulienne. De nos jours, il y a controverse pour savoir si l'action paulienne n'est pas, en matière de partage, soumise à des règles spéciales. A Rome, on suivait le droit commun et il n'y a pas à s'en occuper ici, le partage étant d'ailleurs presque exclusivement l'œuvre du juge et non des parties.

La nullité du partage peut tenir notamment à l'incapacité ou au défaut de pouvoir des parties qui y ont figuré ; elle peut dépendre aussi de certaines erreurs commises dans l'acte, d'un dol, d'une lésion, etc. Pour ce qui est de l'incapacité, ou du défaut de pouvoir, on s'en est déjà occupé lorsqu'on a examiné les conditions de validité nécessaires pour l'exercice de l'action *familiæ erciscundæ* ; il est donc inutile d'y revenir ici. On a également vu que, dans l'action en partage, on ne devait pas omettre de cohéritiers ; autrement le partage est nul, ce qui n'excluait d'ailleurs pas la possibilité d'intenter l'action entre quelques cohéritiers seulement, lorsque les droits des absents ou des non-intervenants sont respectés, et encore, dans ces cas, le partage n'était-il souvent que provisionnel.

Le partage peut être aussi nul à raison de certaines erreurs commises sur la qualité d'héritier d'un des copartageants. Primus a partagé avec Secundus,

qu'il croyait à tort son cohéritier. Il y a des distinctions à faire au point de vue des résultats de l'erreur; c'est ce qu'indique un texte de Paul (L. 36. D. X-2) : *Quum puterem te coheredem meum esse, idque verum non esset, egi tecum familiæ erciscundæ judicio, et a judice invicem adjudicationes et condemnationes factæ sunt.* Lorsque la vérité sera reconnue, aurons-nous l'un contre l'autre la *condictio indebiti* et l'action en revendication ? La *condictio indebiti* a pour but de répéter les sommes payées en exécution des condamnations prononcées, et la revendication correspond aux adjudications. Le juge a opéré, ou au moins a cru opérer, entre deux individus qui étaient des héritiers véritables, alors que l'un d'eux était seulement héritier apparent. Celui-ci n'est pas alors devenu propriétaire. Le texte continue en demandant s'il faut donner une décision différente pour celui qui est héritier, et celui qui ne l'est pas, et Paul répond ainsi : celui qui était héritier unique pour la totalité, *ex asse*, s'il croyait avoir pour cohéritier Titius, s'il a accepté avec lui l'instance en partage, et, condamné, lui a payé de l'argent, il ne pourra répéter ce qu'il a payé, car il a payé en vertu d'une condamnation.

Le texte ne s'occupe pas ici de la revendication, mais seulement du jugement de condamnation et de l'admissibilité de la *condictio*. Le jurisconsulte refuse cette *condictio* au véritable héritier contre l'héritier putatif; il ne tranche pas la question inverse. qui doit se décider de même. Si l'héritier putatif a été condamné et a payé, on lui refusera aussi la *condictio*, et ce sera justice. En effet, la condam-

nation peut provenir de bénéfices faits avec les biens héréditaires; or l'héritier putatif n'a droit à rien; il ne pourra pas répéter. Si cette décision semble équitable, il en est différemment de la première. Pourquoi l'héritier vrai ne peut-il répéter ce qu'il a payé? C'est que ce qui a été payé indûment *ex causa judicati* ne peut être répété par la *condictio indebiti*. Il y a des dettes non existantes, en effet, qui, payées, ne peuvent être répétées par cette *condictio*. Ce sont celles qui, réelles, seraient sanctionnées par une action au double en cas d'*infitiatio*, lorsque *lis inficiando crescit in duplum*. L'action *judicati* est le type de ces actions. Celui qui paie en vertu d'une sentence imaginaire ne peut répéter. On ne sait pas au juste pourquoi. On a prétendu qu'il y avait là une espèce de transaction, mais cela ne paraît pas exact. Quoique le jugement soit nul, il ne permet pas la répétition.

En est-il encore de même sous Justinien? On peut soutenir que non. En effet, l'indication de la peine des plaideurs téméraires, qui consiste dans la condamnation au double, se trouve dans Gaius (Com. IV-171), qui cite tout d'abord l'*actio judicati*. Or, dans le passage correspondant des Institutes, on voit que l'empereur a supprimé cette action, et la même suppression se remarque à propos de l'obligation quasi-contractuelle de restituer l'indû (7 Inst., III-27). Est-ce un oubli? Ce n'est pas vraisemblable. L'action *judicati* était surtout utile, quand l'écriture était peu répandue, et que les jugements se conservaient par la mémoire des assistants. Plus tard on rédigea les jugements par écrit. Il n'y avait plus besoin d'in-

tenter l'action *judicati* pour faire reconnaître son droit. Si alors il n'y a plus d'action *judicati* avec des effets exorbitants, il ne subsiste plus aucune raison pour écarter la répétition de l'indû. Quoi-qu'il en soit à cet égard, il est certain que, pendant longtemps, cette répétition n'a pas été admise. L'héritier qui avait payé ne pouvait répéter. Il n'avait qu'à se renseigner. Y avait-il lieu pour lui à l'*in integrum restitutio*? Aucun texte n'en parle.

Paul prévoit plus loin une objection peu sérieuse, à savoir : qu'il n'y a de *judicium familiæ erciscundæ* possible qu'entre deux héritiers. Cela est vrai, répond-il, mais bien qu'il n'y ait pas eu d'instance du tout, et qu'on ait payé en vertu d'un jugement supposé, mais existant, on ne pourra cependant répéter ; à plus forte raison en sera-t-il de même, lorsque l'on a été condamné à tort. Peu importe que le jugement soit réel ou imaginaire, fondé ou non, ait une cause ou n'en ait pas. L'héritier véritable ne devient pas créancier *quasi ex contractu* de la restitution de ce qu'il a payé.

Je prends maintenant les adjudications, le texte n'en parle pas. Le juge a adjugé le fonds A à l'héritier véritable, et le fonds B à l'héritier supposé. Quel sera le résultat en droit? Pour l'adjudication prononcée au profit du véritable héritier, ce n'est une adjudication qu'en apparence. En effet le juge voulait transporter à cet héritier la part indivise, qu'il croyait appartenir à l'héritier putatif, mais celui-ci n'avait pas de part du tout. Le juge n'a pu rien lui enlever, déplacer le néant. L'objet que le juge a mis au lot du véritable héritier, le fonds A,

appartient complètement à cet héritier : le résultat est le même que s'il y avait eu adjudication véritable ; seulement le fonds a toujours appartenu à l'héritier *ex causa hereditaria*. Il le tient du défunt, et nullement de son prétendu cohéritier pour partie. Si l'héritier putatif a constitué des hypothèques, elles sont sans valeur et ne sont pas opposables au véritable héritier.

Pour l'adjudication au profit de l'héritier putatif Secundus, il semble qu'elle ne doive produire aucun effet juridique à son profit et au détriment de Primus. Le juge qui aurait connu la vérité n'aurait rien adjugé. Aucune acquisition ne paraît avoir eu lieu pour Secundus. C'est ce qu'on déciderait aujourd'hui. Mais à Rome cela est différent. L'adjudication fera acquérir un droit de co-propriété à Secundus. Comme la mancipation et la tradition, c'est un mode d'acquérir la propriété, un procédé de déplacement de la propriété. Dans la mancipation, comme dans la tradition, la propriété se déplace de l'aliénateur à l'acquéreur, par cela seul que ces deux personnes ont la volonté de faire ce déplacement de propriété entre elles, alors même que la volonté serait déterminée chez l'aliénateur par une erreur sur la cause du déplacement. La mancipation, l'*in jure cessio*, etc., sont des actes juridiques qui produisent leurs effets indépendamment de toute cause naturelle. L'aliénateur se croit débiteur *ex quacunque causa*. Pour se libérer, il opère un acte translatif de propriété envers celui qu'il croit son créancier. S'il est dans l'erreur, l'aliénation n'a plus de cause naturelle ; l'aliénateur ne retire qu'un avantage chiméri-

qué de son acte, et cependant il a perdu la propriété. Le droit qu'on lui accordera contre le créancier prétendu sera un simple droit de créance avec une *condictio indebiti*. On ne lui accorde pas la revendication, incompatible avec la *condictio*. Un tel système se conçoit, même rationnellement, pour la sécurité des tiers. On a vu en effet le transfert de propriété, et on doit croire qu'il a produit ses effets. Aujourd'hui que la cause constitue un élément essentiel de la validité des actes, il n'en est plus de même. Ce qui avait lieu à Rome après une mancipation, une tradition, etc., après un mode volontaire quelconque de transfert de propriété, doit logiquement avoir lieu après une adjudication. L'adjudication, sans cause naturelle, reste translatrice de propriété. Secundus deviendra propriétaire de la moitié indivise, que le juge a enlevée à Primus pour la lui assigner. Il résulte de là que la revendication sera impossible au profit de Primus. Celui-ci aura-t-il une autre action ? Ce ne sera pas la *condictio indebiti*, qui présuppose une dette n'existant pas, et ici il n'y avait pas de dette, même supposée. Primus aura-t-il une *condictio sine causa*, ou même une pétition d'hérédité ? Cela est possible, mais on ne peut l'affirmer en l'absence de textes.

L'avant-dernière phrase du fragment suppose que Primus et Secundus ont fait un partage, n'étant ni l'un ni l'autre héritiers. Il faut dire alors de l'un et de l'autre, quant à l'action en répétition de l'indû, ce qui a été dit précédemment de l'un d'eux. La *condictio indebiti* n'existera pas, car chacun des co-partageants a partagé *ex causa judicati*, tout en n'étant

pas tenu de payer. Cela ne veut pas dire d'ailleurs que les copartageants garderont l'hérédité. Le véritable héritier aura contre eux une *petitio hereditatis*.

La fin du texte est relative au partage amiable et admet la *condictio indebiti*, ce qui est naturel, puisqu'il n'y a plus de jugement comme obstacle à cette *condictio*.

A côté de la nullité, il faut placer la rescision du partage. Le Code civil (art. 887) déclare que les partages sont rescindables pour dol, violence ou lésion. Il faut ajouter à ces causes la minorité d'un des copartageants. Je vais examiner ces diverses causes. Pour la violence et la crainte d'abord, il n'y a pas de textes, et l'on suit les principes généraux. Quant à la minorité de vingt-cinq ans, elle est prévue par la Constitution 4 (C. III-37). Si l'un des copartageants était mineur, et que le temps, qui lui était accordé pour demander l'*in integrum restitutio*, ne soit pas encore expiré, le président de la province examinera, *causa cognita*, si le mineur doit être restitué *in integrum*, à raison du partage auquel il a figuré. L'empereur sous-entend ici la réunion de toutes les conditions requises pour la *restitutio*, dont la principale était l'existence d'une lésion pour l'incapable. Celui-ci n'a pas obtenu tout ce à quoi il avait droit. La *restitutio* n'est pas une espèce d'action, car l'action est la sanction d'un droit, et ici on réclame une faveur, une grâce. L'obtention de cette grâce dépend du pouvoir discrétionnaire du magistrat, qui peut la refuser sans méconnaître son devoir. Le texte termine en déclarant que le *præses* fera

le partage des choses demeurées indivises entre l'incapable et ses co-propriétaires, en tenant compte des dépenses faites, des fruits perçus, du dol et des fautes qui ont pu être commis par un des co-propriétaires, de manière à maintenir l'égalité entre les cohéritiers sur tous les points. Cette fin montre qu'à l'époque de la Constitution la procédure formulaire avait déjà disparu. Le magistrat, saisi de la demande en *restitutio*, pouvait l'être en même temps d'une question de partage; les deux demandes ne différaient plus, comme autrefois, quant à la forme. Il faut remarquer, en outre, que, bien que le texte ne vise pas expressément le partage amiable, en fait le partage judiciaire devait échapper le plus souvent à la *restitutio*. L'intervention du juge était une garantie que les intérêts de l'incapable avaient dû être respectés. Néanmoins, si le contraire était prouvé, il ne semble pas que la *restitutio* dût être écartée, uniquement parce que le partage avait été judiciaire.

On peut voir une autre allusion à la restitution dans la loi 57 (D. X-2), où Papinien parle seulement du partage amiable. Des frères étaient en désaccord; il y en avait entre eux, non un *lis*, mais un simple *jurgium*, dit Cujas, une difficulté légère. On a cependant fait nommer un arbitre. Mais les frères, au lieu de continuer le procès, ont fait disparaître la difficulté et ont partagé à l'amiable. Il ne faut pas revenir sur ce partage, bien qu'on puisse soutenir qu'il y ait une sorte de novation par l'effet de la *litis contestatio*. Mais il pourra en être autrement, si l'un des frères était mineur de vingt-cinq ans et a

éprouvé une lésion. La *restitutio in integrum* pourra alors être demandée. Bien que le partage soit supposé amiable, il ne semble pas que, si l'instance eût été régulièrement poursuivie jusqu'à la fin, il n'y eût pas aussi possibilité de recourir à la *restitutio*, lorsqu'une des parties était encore mineure.

Le dol permet également de critiquer un partage. Un des copartageants peut avoir fait des manœuvres frauduleuses, qui ont lésé les autres. Ceux-ci ont le droit de réclamer, et on suit à cet égard les règles générales sur le dol. Le cas est prévu par la Constitution 8 de Dioclétien et Maximien (C. VI-20) : *si soror tua in paternorum bonorum divisione te fefellit, nec dotem, quam acceperat a patre vestro intestato diem functo, contulit, præses provinciæ, examinatis partium allegationibus, cum bonis dotem confundi jubebit, et quod deducta ratione plus apud eam esse animadverterit, tibi restitui jubebit. Idem est, et si arbitro dato divisio celebrata est.* Il s'agit d'une sœur héritière *ab intestat* conjointement avec son frère; elle avait reçu une dot profectice. A la mort du père, elle est tenue de la rapporter. La *collatio dotis*, à la différence de la *collatio bonorum*, est due non seulement par la fille émancipée, mais encore par celle qui est demeurée sous la puissance paternelle, et pour laquelle, tout *alieni juris* qu'elle est, sa dot constitue une espèce de patrimoine. La fille dotée a un patrimoine, par l'effet de la plus ancienne dérogation qui existât au principe que les personnes *alieni juris* n'ont pas de patrimoine, et elle doit le rapporter. En outre, surtout si la dot est profectice, la sœur en doit le rap-

port même aux frères et sœurs émancipés, alors que la *collatio bonorum* n'est due qu'aux *sui heredes*.

En quoi consiste ici le dol de la sœur? A-t-elle dissimulé tout ou partie de sa dot? C'est possible, mais peu importe. Le frère trompé s'est adressé au président de la province, qui, après avoir constaté la dissimulation frauduleuse, devra ordonner que la dot soit rapportée et confondue avec l'hérédité. Tous comptes faits, on fera restituer à la sœur ce qu'elle a reçu de trop.

Quel est exactement le moyen juridique auquel fait allusion le texte? Il est difficile de le préciser. On est sous l'empire de la procédure extraordinaire. S'agit-il de l'*in integrum restitutio*, ou d'un procédé de droit commun, d'une action? Il est peu probable qu'il soit question de l'*in integrum restitutio*, non pas cependant que le secours extraordinaire qu'elle procure n'ait été ouvert aux victimes de manœuvres frauduleuses, car la loi 1 (D. IV-1), qui énumère les causes de *restitutio in integrum*, parle de la *calliditas* ou du dol. Il semble que la *restitutio* a perdu avec le temps beaucoup de terrain, surtout pour prévenir les effets du dol. C'était un moyen imparfait, primitif, car elle dépendait du pouvoir discrétionnaire du magistrat, était une faveur et non un droit. Les textes, qui parlent de la *restitutio ob dolum*, sont fort rares, car le prêteur et la jurisprudence ont secouru les personnes trompées par d'autres moyens, qui ont consacré de véritables droits.

On a eu le droit d'être protégé. Les moyens, employés sont notamment, l'exception de dol, si la per-

sonne trompée est attaquée, et l'action de dol dans le cas inverse. Celui qui commet des manœuvres frauduleuses est coupable d'un quasi-délit, et doit une espèce de peine ou d'amende civile, pour servir de réparation à la victime. L'obligation quasi-pénale est sanctionnée par une action aussi quasi-pénale, l'action de dol. Est-ce à cette action que fait allusion le texte ? On peut le soutenir en remarquant que c'est d'une action arbitraire qu'il s'agit. Le juge ouvre une échappatoire à la défenderesse, avant de la condamner, lui permet de restituer. A l'origine, il est possible qu'il y eût lieu à l'action de dol. Pour le partage amiable, c'était même nécessaire, car il était primitivement un contrat de droit strict, et se concluait par la stipulation. Mais, quand le contrat est devenu de bonne foi, c'est l'action même du contrat qui a servi à réprimer les manœuvres frauduleuses, comme le disent plusieurs textes à propos de la vente (D. XIX-I).

Ici, c'est l'action *præscriptis verbis* qui interviendra pour le partage amiable, et il n'y a aucune raison pour ne pas décider de même dans l'hypothèse du partage judiciaire, puisqu'on a vu que cette action servait pour le recours en garantie dans tous les cas. L'action de dol est d'ailleurs essentiellement subsidiaire. Il vaut mieux, en outre, pour le co-partageant lésé avoir l'action *præscriptis verbis* que l'action de dol, et ne pas être créancier quasi *ex delicto*. En effet, l'action pénale est temporaire, très imparfaitement transmissible contre les héritiers du débiteur, tandis que l'action du contrat est perpétuelle et transmissible. En matière de dol, pour cer-

tains contrats comme la vente, les textes distinguent, suivant que les manœuvres frauduleuses sont telles que sans elles il n'y eût pas eu de contrat, et la rescision peut alors être obtenue, et suivant que le dol est peu grave, et alors il n'y a lieu qu'à des dommages-intérêts au profit de la victime. Faut-il admettre cette distinction à propos du partage ? Il faut remarquer que la Constitution citée n'ordonne pas de rescinder le partage, mais fait seulement restituer ce qui a été reçu en trop. Les Empereurs n'ont-ils pas été frappés des inconvénients particuliers de la rescision du partage ? Il semble que oui ; le droit du copartageant trompé se réduira alors à demander des dommages-intérêts, qui feront disparaître l'inégalité.

Le dol ne sera pas une cause de rescision du partage. Celui-ci est d'ailleurs un acte nécessaire ; le copartageant lésé l'a accepté, parce qu'il ne pouvait faire autrement, l'indivision devant forcément prendre fin. On ne peut donc pas dire que c'est le dol, quelque grave qu'il ait été, qui a été la cause déterminante du partage.

On peut prévoir aussi l'hypothèse d'un dol commis par le juge dans le partage judiciaire. Ou bien le juge s'est laissé corrompre par l'un des plaideurs, et a rendu une sentence inique ; sa décision est alors frappée d'une nullité radicale ; l'appel n'était même pas nécessaire pour faire prononcer cette nullité (C. 7, C. VII-64). Ou bien le juge a été partial sans avoir été corrompu, et le partage est inattaquable, mais la partie lésée sera créancière du juge quasi *ex delicto*. Le juge fait le procès sien (L. 15-1, D. V-1).

Reste à examiner la lésion; la lésion est la disproportion injuste entre les lots des copartageants. Un copartageant n'a pas reçu tout ce à quoi il avait droit; un autre a alors reçu plus que sa quote-part. La lésion est-elle une cause de rescision ou de redressement du partage? En principe, à Rome, la lésion n'est pas, de droit commun, une cause de rescision des contrats. Chacun doit prendre soin de ses intérêts. A cette règle il y a des exceptions. Le partage en est-il une? Beaucoup d'interprètes disent que non. Quand, sans dol, un copartageant majeur a reçu une part supérieure en valeur à celle qu'il devait recevoir, il n'est pas exposé à restitution. Son copartageant ne peut pas se plaindre. Dans cette opinion il est difficile de s'expliquer une Constitution de Dioclétien et Maximien (C. 3, C. III-38). Quand des partages ont eu lieu par fraude ou par dol, ou bien *perperam sine judicio*, c'est-à-dire avec inégalité sans discernement suffisant, on a l'habitude de venir au secours même des majeurs qui ont été victimes, car, dans les instances de bonne foi, ce qui est reconnu avoir été fait inégalement doit être rétabli dans l'égalité. Les empereurs distinguent bien le dol ou fraude, et un autre vice désigné par les mots *perperam sine judicio*, c'est-à-dire la lésion sans dol. La lésion est donc une cause de plainte. On a fait à ce système trois objections.

La première objection est tirée du texte de la Constitution citée, texte qu'on a probablement authentique, emprunté au Code Grégorien et transmis par un jurisconsulte inconnu dans la *Consultatio veteris cujusdam jurisconsulti*. Entre la Constitu-

tion authentique et celle du Code, il y a cette différence que, dans la première, il ne s'agit que de dol. Dans la Constitution du Code, il ne doit donc être aussi question que de dol. L'argument n'est pas convaincant. Sans doute la Constitution originale a été modifiée; un des changements a consisté précisément à ajouter la lésion au dol. La vente elle-même n'a pas toujours été rescindable pour lésion. Il en a été de même pour le partage. Ce n'est qu'avec le temps que la lésion est devenue une cause de rescision, et c'est là une réforme heureuse. Le partage ne doit pas, en effet, être un acte de spéculation. L'égalité doit en être l'âme. Si elle est méconnue, on présumera que celui qui a eu moins que les autres n'a pas été absolument libre. Si la vente est attaquant pour lésion, il en doit à *fortiori* être de même du partage.

On objecte, en second lieu, qu'on ne trouve pas dans les textes le taux de la lésion. Mais le législateur peut fort bien avoir laissé cela à l'appréciation des juges, tout comme pour le délai de l'action. La loi moderne a, il est vrai, fixé un chiffre, mais on ne peut rien en conclure pour le droit romain.

La troisième objection se tire des mots du texte, qui disent *in fine* que l'inégalité est une cause de rescision dans les actions de bonne foi. Il faut reconnaître que ce motif est sujet à critique, mais ce n'est évidemment pas une raison pour ne pas admettre la solution du texte. Les motifs ne font pas la loi.

Le partage pourra donc être attaqué pour lésion, et cela par l'action *præscriptis verbis*. Il est probable qu'il n'y aura lieu qu'à un redressement du

partage. On ne reviendra pas à l'indivision. Cela doit être admis d'ailleurs dans le partage judiciaire comme dans le partage amiable, nonobstant les mots *sine judicio* du texte, mots qui signifient ici sans discernement, *sine animo judicii*. Le partage judiciaire est soumis aux mêmes règles que le partage conventionnel.

DROIT FRANÇAIS

DU PARTAGE D'ASCENDANT

Au point de vue des droits d'enregistrement

Intérêt de la question. — L'étude des règles de perception applicables à l'enregistrement du partage d'ascendant est intéressante à un double point de vue :

1° A un point de vue historique et en quelque sorte externe, en ce que ce partage, que la loi du 22 frimaire an VII ne mentionnait pas, et laissait par conséquent soumis à l'empire du droit commun, a été à plusieurs reprises l'objet de lois spéciales qui, d'une part, ont eu en général pour but de réduire le tarif des droits qui lui étaient applicables, fait rare dans l'histoire financière, et, d'autre part, ont créé pour le partage un régime tout particulier ; et ce régime, surtout avant la loi du 21 juin 1875, s'écartait sensiblement à certains égards et souvent dans un sens heureux, des règles générales de la perception ;

2° Au point de vue des rapports de dépendance unissant le droit fiscal au droit civil. La loi du 16 juin 1824 s'en étant, en effet, référée au Code civil pour déterminer les caractères de l'acte qu'elle tarifait, les dispositions de la loi civile ont eu ici une influence toute particulière, et

en quelque sorte prépondérante sur la perception des droits, influence qui ne se retrouve pas, en général, à un même degré dans les autres contrats. Et cependant, quoique les règles à appliquer dussent en apparence découler des principes posés par le Code et n'en être, en quelque sorte, que l'application, on verra qu'en fait il n'en a pas toujours été ainsi. Les résultats auxquels a conduit l'analyse des articles de la loi civile ont été différents, et la jurisprudence, partant d'un même principe, en a déduit des conséquences opposées, parfois même contradictoires, selon qu'il s'agissait des règles du droit civil ou de celles du droit d'enregistrement. Les divergences, à certains moments, sont mêmes si grandes, qu'on est en droit de se demander si vraiment le point de départ est le même, et s'il n'y a pas en réalité deux théories actuellement admises pour le partage d'ascendant, l'une pour le droit civil, et l'autre pour le droit d'enregistrement. C'est ce que le présent travail permettra, je l'espère, de déterminer.

Avant d'aborder l'examen de la législation qui régit aujourd'hui les partages anticipés, je vais exposer succinctement l'histoire des impôts, analogues à notre impôt actuel de l'enregistrement, qui les ont frappés, tant dans l'empire romain qu'en France, avant la loi du 22 frimaire an VII. Si la *vicesima hereditatium* n'a plus actuellement qu'un intérêt historique, il en est autrement des taxes de l'ancien droit, particulièrement en ce qui concerne la démission de biens, et la jurisprudence des Parlements et du Conseil des Finances se prête à de nombreux rapprochements avec celle de la Cour de Cassation, et peut même parfois servir à trancher des questions controversées, surtout avec la pratique admise et les traditions persévérantes de l'administration.

DROIT ROMAIN

Partage d'ascendants. — Il est nécessaire de commencer par indiquer les institutions qui, à Rome, correspondaient à notre partage d'ascendants.

Ces institutions se divisaient en deux catégories, comme dans le droit actuel, selon qu'il s'agissait d'un acte entre vifs ou d'un acte testamentaire.

Le partage fait par acte entre vifs se nommait *divisio inter liberos*. Ce n'était pas une donation ordinaire par l'ascendant au profit de ses enfants. Les principes du droit romain s'y opposaient. Les enfants restaient soumis à la puissance paternelle et ne pouvaient avoir un patrimoine propre distinct de celui du père de famille. En revanche, ils étaient considérés comme copropriétaires des biens de leur père, et leurs droits sur ces biens ont été consacrés par diverses institutions, comme la *querela inofficiosi testamenti*. La *divisio inter liberos* est une application de cette copropriété. Par un acte entre vifs émané de lui, et auquel les enfants n'avaient pas nécessairement part, le père de famille partageait ses biens en totalité ou en partie entre ses descendants. Cet acte, qu'il ait été ou non suivi d'exécution immédiate, de partage effectif et de tradition aux enfants, n'avait cependant pas d'existence légale du vivant du père. Il en était de même lorsque le partage était contenu dans un testament régulier ou non. Ce n'était qu'au décès de l'ascendant que la *divisio* devenait définitive. A l'origine même, les partages ne paraissent pas avoir eu toujours force obligatoire pour les descendants. Mais depuis Papinien on a admis l'existence d'un privilège pour ces partages et, à défaut

d'exécution volontaire, le *Judex familiæ erciscundæ* les sanctionnait par ses décisions après le décès de l'ascendant, même s'ils avaient été effectués par acte entre vifs, ou s'ils se trouvaient contenus dans un testament qui ne fût pas régulier, ou un codicille *ab intestat*. Des adjudications prononcées par le juge en cas de contestations, ou des traditions réciproques étaient donc nécessaires pour donner au partage des effets légaux. Jusqu'au décès du père, dit Papinien, il y avait non une véritable donation, mais un simple partage de succession.

Antonin-le-Pieux, dans une Constitution insérée au Code Théodosien, dispensa les donations faites par les ascendants à leurs enfants des formalités de la stipulation et se contenta du consentement.

Constantin étendit à la mère la faculté de faire des partages anticipés, faculté que le père avait eue seul jusque-là comme conséquence de sa puissance paternelle. Théodose l'étendit à tous les ascendants. Elle n'appartint jamais aux collatéraux.

Justinien, dans sa novelle 18, s'est occupé du partage d'ascendants et a exigé, pour sa validité, un écrit fait par l'ascendant ou par un tiers et comprenant un état des biens donnés. En outre, cet écrit devait être revêtu de la signature de l'ascendant.

Pour donner à son partage un effet immédiat, le père pouvait, au lieu d'employer le procédé de la *divisio inter liberos* pure et simple, commencer par émanciper ses enfants et leur faire ensuite des donations entre vifs ordinaires. Si la donation était faite avant l'émancipation, il fallait qu'elle fût confirmée par testament pour pouvoir être retenue par l'enfant avant les facilités données au père depuis Papinien pour effectuer le partage de ses biens. Encore, même sous Justinien, les enfants ne

furent-ils jamais assurés de la stabilité de la donation qui leur avait été faite. Ils ne pouvaient, en effet, acquérir les biens paternels du vivant de leur auteur et celui-ci avait, tant qu'il vivait, la faculté de révoquer *ad nutum* sa libéralité.

Le partage testamentaire proprement dit, à l'origine, pouvait se faire au moyen de legs *per præceptionem* indiquant les objets qui devaient être attribués à chacun des enfants. Plus tard, le testateur put également faire des institutions *ex certa re*. Le descendant héritier se trouvait par suite recueillir la succession de son auteur, pour partie comme héritier, et pour le surplus comme légataire.

Constantin valida, dans tous les cas, les dispositions prises par le père en faveur de ses enfants, même si elles se trouvaient contenues dans un testament imparfait, par analogie avec ce qui avait déjà lieu pour un partage *inter liberos* fait par acte non testamentaire. Le juge opérait alors les mutations conformément au désir de l'ascendant, par des adjudications.

Justinien, dans sa nouvelle 107, changea les règles anciennes du testament fait au profit des enfants, testament qui fut plus spécialement appelé *testamentum inter liberos*. Il le soumit à un régime privilégié en exigeant seulement qu'il contint la date, les noms des enfants et la quotité des parts qui leur étaient attribuées en toutes lettres. Les règles de fond ne furent d'ailleurs pas modifiées, en sorte qu'en réalité le *testamentum inter liberos* se trouva être un testament ordinaire, mais avec forme privilégiée, et pouvant, du reste, ne pas renfermer de partage.

Impôt atteignant les successions. — On voit par ce

qui précède, qu'en mettant à part la donation faite entre vifs après émancipation, sans doute assez exceptionnelle, le partage d'ascendants, qu'il résultât d'une *divisio* ou d'un *testamentum inter liberos*, se bornait à modifier la délation de l'hérédité aux descendants, en substituant des attributions divisées à l'indivision ordinaire entre cohéritiers. La mutation avait toujours lieu par décès et non entre vifs, et c'était en définitive la succession de leurs parents et non une donation que les descendants recueillaient. La conséquence de ce fait est que les attributions résultant d'un partage d'ascendant se trouvaient soumises au même impôt que les successions et les legs. Cet impôt était la *vicesima hereditatium*; il atteignait les successions et les legs, sauf il est vrai entre proches parents. Il importe cependant d'en étudier le mécanisme et les dispositions principales; car, au moins pendant une certaine période, les successions en ligne directe s'y sont trouvées soumises.

VICESIMA HEREDITATIUM

Origines. — Les origines de la *vicesima hereditatium* sont assez obscures. Quelques auteurs, comme Bachofen, (*Lex Voconia*. — Bâle, 1843) et Rudorf, ont prétendu qu'elle existait avant l'organisation qui lui fut donnée par Auguste, et en attribuent la création à la *lex Voconia* de l'an 585 de Rome (169 av. J.-C.). Ils se fondent sur un passage du Panégyrique de Trajan, dans lequel Pline le Jeune rapproche cette loi de la loi Julia et la

mentionne comme étant une source de revenus pour le Trésor. Quoi qu'il en soit, une lettre de Cicéron à Atticus montre qu'en l'an 695 il n'existait qu'une *vicesima libertalis* (16-1). Si l'impôt du vingtième sur les successions avait existé auparavant, il aurait été déjà supprimé, ce qui est peu probable ; d'autant plus que l'idée d'un pareil impôt a dû être inspirée aux Romains par ce qu'ils ont vu en Égypte, où, depuis sans doute fort longtemps, les héritages étaient assujettis à une taxe que l'on croit être de dix pour cent ; elle ne doit donc pas remonter plus haut que le séjour que firent dans cette province César et ensuite Auguste. Effectivement, on voit les triumvirs cherchant à imposer les successions avant de partir pour aller combattre Sextus Pompée (40 av. J.-C.). Cet impôt, que le peuple furieux repoussa, était-il une imitation de l'impôt égyptien, ou bien n'était-ce que celui de la loi *Voconia* qui aurait été ainsi remise en vigueur ? Les bases manquent pour les déterminer. Le Digeste nous apprend seulement qu'Aulus Ofilius, *Cæsari familiarissimus*, a le premier composé un traité sur la *vicesima*, sans doute l'impôt précédent, ce qui semblerait indiquer que son taux était de cinq et non de dix pour cent. Mais ce n'est là qu'une simple conjecture. La même incertitude règne sur les autres dispositions de la loi, qui avait peut-être une portée plus générale que celle qui a fini par être édictée, et s'appliquait aux successions en ligne directe comme en ligne collatérale. L'opposition qu'elle rencontra dans le peuple et qui la fit échouer pourrait amener à cette conclusion à première vue. Mais cette supposition perd singulièrement de sa vraisemblance, si l'on considère la résistance à laquelle se heurta plus tard le projet d'impôt présenté par Auguste.

Établissement de la vicesima. — C'est sous ce prince que fut établie définitivement la *vicesima hereditatium* en l'an VI. Le Sénat avait été chargé d'étudier les moyens propres à alimenter l'*ærarium militare*, créé l'année précédente pour subvenir aux retraites des anciens militaires, ainsi que le montre le Testament d'Ancyre. Auguste proposa une taxe sur les successions, en invoquant habilement l'autorité de César, dans les papiers duquel on avait, prétendait-il, retrouvé un projet de ce genre. Néanmoins le peuple faillit se révolter, et le Sénat, guère mieux disposé, ne se décida à accepter l'impôt, qui fut créé par une loi *Julia*, que sur la menace du rétablissement de la contribution foncière, supprimée depuis les guerres de Macédoine, menace particulièrement sensible aux sénateurs, grands propriétaires, et que le commencement du recensement des fonds de terre contribuait à rendre sérieuse.

Portée et application de l'impôt. — Quelle était l'étendue d'application du nouvel impôt? Il frappait les meubles et les immeubles appartenant aux citoyens en Italie et sans doute aussi dans les provinces. On a prétendu cependant, en s'appuyant sur les circonstances qui ont précédé la promulgation de la loi *Julia*, que la *vicesima hereditatium* avait eu principalement pour but d'atteindre les propriétés italiennes exemptes de l'impôt foncier, assimilant ainsi les Italiens et les provinciaux, et que par suite les fonds provinciaux, déjà soumis à l'impôt foncier, devaient échapper à la nouvelle taxe. Mais c'est là une conjecture peu probable et que les textes ne viennent pas confirmer. Elle se justifie d'autant moins que l'impôt atteignant les meubles et les immeubles, aurait, ce qui paraît d'ailleurs avoir été le cas,

frappé plus durement les Italiens que les provinciaux, au lieu de se borner à rétablir entre eux l'égalité.

Les successions des citoyens étaient soumises à l'impôt. Aux successions il faut joindre les legs testamentaires, ce qui comprend par suite les partages d'ascendant opérés par voie testamentaire. Cela a cependant été contesté par Balduinus, qui s'appuie sur ce fait que, de tous les historiens, Dion Cassius seul mentionne les legs à propos de la *vicesima hereditatium* (τῶν τε κλήρων καὶ τῶν δωρεῶν). Mais c'est là une erreur certaine, comme le montrent diverses inscriptions et un testament parvenu jusqu'à nous, celui de Dasumius, où l'on voit un testateur avoir soin d'indiquer, en faisant un legs, si l'impôt sera ou non à la charge des héritiers institués. Ceux-ci acquittent même parfois volontairement l'impôt, alors qu'ils n'y sont obligés par aucune clause du testament, surtout s'il s'agit d'un legs destiné à l'érection d'un temple ou d'un monument.

Exemptions. — Les seuls citoyens devaient payer l'impôt de la *vicesima hereditatium*. Il n'y avait à cela que deux exceptions, dont l'une au moins est fort importante pour les partages d'ascendant. Ces exceptions se réfèrent, d'une part aux parents très proches, et de l'autre aux pauvres. Il est difficile d'établir avec certitude quels étaient au juste les proches parents exempts de l'impôt. Dion Cassius les appelle πανυ συγγενεις, et Pline le Jeune des *domestici heredes*, c'est-à-dire héritiers se rattachant au défunt par la naissance, le sang et le culte domestique. L'opinion la plus générale, adoptée par M. Naquet, par Bachofen et Rudorff, mais combattue par Serrigny, est qu'il s'agit ici des *decem personæ* (Cagnat. — *Etude historique sur les impôts indirects chez les Romains*, p. 175 et s.) Ces dix

personnes auxquelles la loi reconnaissait certains privilèges, notamment une *bonorum possessio* particulière sont, d'après les Institutes (III, 9 § 3), le père, la mère, le grand-père, la grand-mère, le fils, la fille, le petit-fils, la petite-fille, le frère et la sœur. Ce qui rend cette opinion vraisemblable, c'est que Pline nous apprend que Trajan, voulant sans doute assimiler complètement les anciens et les nouveaux citoyens, étendit à ces personnes, lorsqu'elles appartenaient à la catégorie des nouveaux citoyens, les exemptions dont jouissaient les anciens citoyens relativement à la *vicesima hereditatium*. On peut de plus remarquer que le dernier fragment de la *Collatio legum mosaicarum* semble confondre les personnes jouissant de l'immunité de l'impôt avec celles auxquelles le préteur accordait la *bonorum possessio unde decem personæ*.

A l'origine les *domestici heredes* n'échappaient pas tous à l'impôt des successions. Ce privilège n'appartenait qu'aux *anciens* citoyens, à ceux qui avaient une parenté civile. Les nouveaux citoyens, ceux qui avaient conquis le droit de cité par le *jus Latii* ou par la libéralité du prince, ne le possédaient pas, s'ils n'avaient obtenu en même temps par une concession de l'empereur le *jus cognitionis*. Cette dernière concession permettait seule de ne pas payer la *vicesima hereditatium*. C'était pour le souverain un moyen de récompenser des services rendus ; c'était aussi et surtout une source de revenus, car elle ne s'accordait le plus souvent que moyennant finance.

La distinction entre les citoyens finit d'ailleurs par disparaître. Nerva exempta du paiement de l'impôt les enfants succédant à leur mère, et réciproquement la mère lorsqu'elle succédait à ses enfants. La même faveur fut accordée au fils héritant de son père, mais seulemen

lorsqu'il avait été au préalable *redactus in patris potestatem*. Avant lui le fils, même sous la puissance du père, devait acquitter la taxe successorale sur les biens qu'il recueillait, s'il était né avant que son père fût citoyen romain, car le *connubium* n'existait pas lors de la conception. Trajan effaça complètement les derniers vestiges de la distinction entre les citoyens, si l'on admet que les *decem personæ* jouissaient seules d'un privilège par rapport à la *vicesima hereditatium*, car, après avoir aboli la différence que Nerva avait laissé subsister entre les fils succédant à leur père, il affranchit de tous droits les successions dévolues du fils au père, du frère à la sœur, de l'aïeul et de l'aïeule aux petits enfants ou vice versâ, en ce qui concerne les nouveaux citoyens. Il ordonna même que cette réforme aurait un effet rétroactif pour tous ceux qui étaient passibles de l'impôt, mais ne l'avaient pas encore acquitté. D'après Laboulaye, sa générosité serait allée encore plus loin, et il aurait autorisé la déduction de l'actif des frais funéraires pour les successions riches, mais rien ne prouve que cette règle de perception n'était pas antérieure à son règne, quoique son existence ne se trouve mentionnée qu'à cette époque. En tous cas, les dégrèvements accordés par ce prince eurent assez d'importance, pour que Pline le Jeune les ait célébrés dans son Panégyrique et qu'un bas-relief trouvé à Rome nous en ait conservé le souvenir.

En même temps que les proches parents, mais pour d'autres motifs la loi exemptait du paiement de la *vicesima* les personnes pauvres, ceux que Dion Cassius appelle *πενήτες*.

D'après Pline, Trajan aurait fixé la somme au dessous de laquelle les citoyens échappaient à l'impôt, ce qui permet de supposer qu'avant lui il n'y avait pas

de règles bien précises à cet égard et qu'on se déterminait surtout par des considérations de fait. A l'égard de la somme fixée par Trajan, Mommsen et Marquardt pensent qu'elle était de 100,000 sesterces, et Burmann de 100 aurei. Mais ce ne sont guère là que de simples conjectures.

Depuis les réformes introduites par Trajan jusqu'à Caracalla, toutes les successions entre parents et enfants se trouvant sans exception affranchies de l'impôt, celui-ci a cessé par voie de conséquence de frapper les partages d'ascendants. Pendant cette période, je me bornerai à citer un édit d'Hadrien, commenté par Æmilius Macer, qui détermina les frais funéraires pouvant être déduits de l'actif des successions pour la perception de la taxe successorale.

Innovations de Caracalla. — Avec Caracalla la *vicesima hereditatium* recommença à atteindre les partages anticipés, momentanément il est vrai, mais avec une étendue d'application beaucoup plus considérable qu'autrefois. Le Trésor public avait besoin d'argent; pour lui en procurer, l'empereur prit diverses mesures destinées à accroître le produit de l'impôt des successions par l'aggravation de son taux et par l'augmentation du nombre des personnes qui avaient à le payer. En premier lieu, Dion Cassius nous apprend que la vicesima se transforma en decima, ce que confirme un texte d'Ulpien conservé dans la *Collatio mosaicarum et romanarum legum* (XVI, 9). Les paroles de Dion pourraient même faire croire que la taxe atteignait même les donations, car il déclare qu'elle était établie *ὑπὲρ δωρεῶν πύσης*. Mais malgré l'opinion contraire de Burmann, il doit s'agir ici des donations testamentaires, des legs, plutôt que des

donations entre vifs ordinaires. En second lieu, les immunités accordées aux proches parents furent supprimées, l'empereur se réservant pourtant d'en accorder lui-même, mais individuellement et à titre de faveur. La troisième mesure est la plus importante, car elle eut un effet durable et des conséquences beaucoup plus étendues que ne l'exigeait le motif qui l'avait inspirée. Tous les habitants de l'empire furent déclarés citoyens romains, ce qui, aux yeux de Caracalla, avait surtout pour avantage de les soumettre à l'impôt de la *vicesima hereditatium*. Il est d'ailleurs probable que cette mesure n'atteignait que les sujets de l'empire, non les barbares étrangers, et qu'elle ne profita même qu'à ceux qui existaient au moment où elle fut prise, ainsi que le suppose M. Accarias.

L'innovation de l'empereur n'était peut-être pas aussi hardie en réalité qu'elle le paraissait, car elle n'était que le couronnement d'une série de réformes successives qui avaient rendu de plus en plus facile l'accession au droit de cité, indépendamment de très nombreuses concessions individuelles du *jus civitatis*. Elle se trouva donc profiter à un nombre d'individus beaucoup plus restreint qu'on n'aurait pu le supposer à première vue, comme le montre Amédée Thierry dans son *Tableau de l'Empire romain*.

Les modifications apportées par Caracalla à l'impôt de la *vicesima hereditatium* durèrent peu. Elles furent supprimées par Macrin, qui rétablit l'ancien état de choses, en sorte que les partages d'ascendant recommencèrent à jouir de l'exemption de l'impôt. Celui-ci finit par être complètement aboli, sans doute sous Dioclétien. Il n'existait certainement plus sous Justinien, et une inscription du règne de Valens qui le mentionne n'est pas authentique.

Organisation administrative de la perception de la vicesima. — A l'origine la *vicesima hereditatium* fut affermée à des publicains, conformément au système suivi déjà pour d'autres impôts. Cette organisation, qu'on retrouve encore sous Trajan, fut probablement modifiée par un édit d'Hadrien mentionné au Code de Justinien à propos de l'envoi en possession des héritiers (VI, 33, 3), édit qui aurait établi la perception directe de l'impôt par le fisc représenté par une caisse spéciale installée à Rome, la *statio vicesimæ hereditatium*, et du même coup retiré la gestion des fonds provenant de l'impôt aux *præfecti ærarii militaris*. Mais les preuves manquent pour l'affirmer avec certitude. On sait seulement qu'au moins à partir du règne de Claude, il existait des *procuratores XX hereditatium*, chargés sans doute de surveiller la perception confiée aux publicains. Leur mission devait probablement se borner aux provinces, la surveillance étant exercée à Rome par les *præfecti ærarii militaris* entre les mains desquels se concentrait le produit de l'impôt. Quand prévalut le régime de la gestion directe, celle-ci fut naturellement confiée aux *procuratores* anciens qui, de simples inspecteurs, devinrent de véritables percepteurs placés à la tête de circonscriptions territoriales souvent fort étendues, et pourvus des pouvoirs nécessaires, sauf cependant celui de transiger sans l'ordre du prince ainsi qu'en témoigne un texte du Digeste (II, 15, 13).

Pour l'organisation administrative de l'Empire relativement à l'impôt de la *vicesima hereditatium*, au moins quand cet impôt fut perçu directement par le Trésor, il y a lieu de distinguer entre Rome, l'Italie, et les provinces.

Rome. — Rome possédait deux bureaux, l'un chargé de percevoir les droits échus dans la capitale même, et

l'autre appelé *statio vicesimæ hereditatium*, qui dirigeait toute l'administration et centralisait les produits de l'impôt. L'autorité du premier de ces bureaux s'étendait sur toute la circonscription financière constituée par la ville et dont Hadrien détermina les limites, en les fixant à mille pas comptés à partir de l'agglomération formée par les maisons, *a continentibus ædificiis*, dit Macer dans son Commentaire de la Vicesima (D. L., 16-154). Un *procurator* était placé à la tête de ce bureau au moins à certaines époques, tandis qu'un *magister* dirigeait la *statio vicesimæ*. L'action du bureau a dû très probablement s'étendre avec le temps sur toute l'Italie, par suite de l'extension de la circonscription de Rome à la péninsule entière. C'est au moins ce qui paraît résulter d'une inscription grecque dont on ne connaît malheureusement pas la date.

L'administration de la *statio* centrale de Rome était confiée à un *magister* comme on vient de le voir. Mais souvent ce *magister* a dû se confondre avec le *procurator* du bureau de Rome sans doute dans un but de simplification et d'économie. C'est ce que montre une inscription concernant Timesitheus beau-père de Gordien III. L'homme ainsi chargé de la direction des deux bureaux est probablement celui que les textes appellent *procurator vicesimæ hereditatium* tout court, et dont sans cette hypothèse on aurait peine à imaginer les fonctions. Cela est encore confirmé par ce fait, que celui qui dirigeait en sous-ordre le bureau central se nommait au moins à une certaine époque *pro magistro* et non pas *sub magistro*. Il tenait donc lieu du *magister* et n'était pas sous les ordres d'un *magister*, mais sans doute du *procurator vicesimæ hereditatium*. Ce dernier était un personnage important, devait appartenir en principe à l'ordre équestre,

quoiqu'une inscription nous montre un affranchi revêtu de cette dignité. Sa *procuratio* était, d'après M. Hirschfeld, une des plus importantes parmi les *procurationes centenariæ*, c'est-à-dire rapportant plus de cent mille sesterces, et permettait d'arriver ensuite aux *procurationes ducentariæ*. Cela n'a d'ailleurs rien d'étonnant si l'on songe que ce procurator était à la tête d'une administration s'étendant sur tout l'empire et chargée de recouvrer un impôt sans doute fort important. En effet, même d'après les évaluations les plus modérées, on trouve que la *vicesima hereditatium* levait un très lourd tribut sur la fortune des citoyens romains ; Gibbon estime qu'en deux ou trois générations tous les biens finissaient par arriver au Trésor, ce qui est assez vraisemblable par suite de l'habitude qu'avaient les Romains de disposer au profit d'étrangers d'une grande partie de leur fortune. La moitié en moyenne, selon M. Cagnat, se trouvait dévolue à des personnes assujetties à l'impôt des successions, et cela pour tous les citoyens au nombre de 5,984,072 d'après un recensement de 48 sous Claude, sauf pour ceux dont la fortune était inférieure à 100,000 sesterces. Rein considère que la *vicesima hereditatium* équivalait à un impôt annuel de 2 1/2 à 3 o/o sur le capital. Il est vrai que les grandes fortunes ne paraissent pas s'être beaucoup multipliées comme nombre, à mesure que la décadence de l'empire s'accroissait, et que la grande majorité des citoyens, surtout à Rome, a fini par ne plus se composer que d'individus dont les seules ressources étaient les libéralités de l'empereur. Cela explique sans doute comment l'impôt a pu dans la suite être supprimé sans que le Trésor ait eu trop à en souffrir.

Le *pro magistro* de la *vicesima hereditatium*, distinct du *pro magistro* des sociétés de publicains, se trouvait

dans la hiérarchie administrative au-dessus des tribuns militaires. Il appartenait, en principe, à l'ordre équestre comme le *procurator* et recevait un traitement de 60.000 sesterces.

Les fonctions inférieures étaient remplies à la *statio vicesimæ hereditatium* par des affranchis, comme du reste dans la plupart des administrations romaines. Les inscriptions en mentionnent un assez grand nombre, dont beaucoup, d'ailleurs, sont des affranchis de l'empereur, ce qui permet de se faire une idée de l'organisation intérieure des bureaux. On rencontre ainsi un *princeps tabularius* chargé de diriger les *tabularii* ou écrivains. Au-dessous de ceux-ci sont les *adjutores tabulariorum*. En examinant, sur les inscriptions, la série des fonctions successivement remplies par un même employé, on voit qu'en général chaque affranchi exerçait toujours les mêmes fonctions, qu'il passait rarement d'un grade à un autre, mais que pour avancer il changeait de bureau en commençant par les postes secondaires pour arriver peu à peu aux plus importants, après de plus ou moins longues pérégrinations à travers les provinces de l'Empire. C'est là un point de ressemblance avec leurs successeurs dans la perception des droits de succession, les receveurs de l'enregistrement de la France actuelle.

Les employés de la *statio* centrale de la *vicesima hereditatium* avaient sous leurs ordres des esclaves chargés en général des besognes plus particulièrement matérielles. On rencontre ainsi, parmi ces esclaves, un *dispensator* ou caissier, puis des *tabellarii* chargés de porter dans les provinces les dépêches et les ordres émanés de l'administration centrale, et placés sous les ordres d'un *præpositus tabellariorum*. Celui-ci paraît avoir été en général un affranchi de l'empereur.

Italie. — L'Italie formait un certain nombre de circonscriptions ayant à leur tête un *procurator*, assisté de plusieurs employés, qui recueillait et rassemblait toutes les sommes dont l'exigibilité était constatée au profit du Trésor dans la circonscription.

D'après diverses inscriptions qui mentionnent, l'une, une *regio Campaniæ, Apuliæ et Calabriæ*, une autre une *regio Æmiliæ, Liguriæ, Transpadanæ*, une autre une *regio Campaniæ*, puis une *regio Umbriæ Tusciæ, Piceni, Campaniæ*, on peut conjecturer que les onze régions établies par Auguste servaient de base à la répartition territoriale de l'Italie en districts financiers pour la *vicesima hereditarium*; chaque district comprenait, en général, plusieurs régions. Il est difficile de savoir si cette répartition est due à Auguste et est contemporaine de l'établissement de l'impôt des successions, car on ne possède d'inscriptions que des ⁱⁱe et ⁱⁱⁱe siècles. La répartition ne semble pas d'ailleurs avoir été immuable, la Campania, par exemple, se trouvant tantôt citée seule, tantôt jointe à l'Apulia, ou bien à l'Umbria. Il est probable qu'après la division de l'Italie en quatre circonscriptions judiciaires et la création des *consulares* par Hadrien, la perception de l'impôt se trouvait partagée entre les quatre régions suivantes :

- 1° Transpadana, Venetia, Histria Æmilia, et Liguria,
- 2° Apulia, Calabria,
- 3° Umbria, Picenum,
- 4° Lucania et Bruttium.

Le nombre des divisions a peut-être été porté à huit par Marc-Aurèle, mais cela n'est nullement certain.

Dans l'énumération précédente ne figurent ni l'Etruria, ni le Samnium, ni la Campania, ni le Latium, qui sont compris dans la diocœsis urbana. Ces contrées ont dû,

soit avoir à leur tête chacune un *procurator* spécial, soit avoir été réunies au moins temporairement à l'une des grandes circonscriptions, comme des inscriptions semblent le montrer pour la Campania.

Provinces. — De même que les régions de l'Italie étaient, en général, groupées pour former un district financier de la *vicesima hereditatium*, de même on réunissait le plus souvent plusieurs provinces sous l'autorité d'un même *procurator XX hereditatium*. Le mode de réunion n'était probablement pas absolument fixe et variait selon les nécessités du moment. On groupait d'ailleurs les provinces entre elles sans tenir compte de leur division politique, qu'elles appartenissent au Sénat comme la Bétique et la Narbonnaise, ou à l'empereur comme la Lusitanie et l'Aquitaine; ce qui est fort naturel, puisque tout le produit de l'impôt était destiné à l'origine à l'*ærarium militare*, et non au fisc du prince ou au Trésor du peuple. Un grand nombre d'inscriptions nous ont laissé la trace du groupement des provinces pour la formation des circonscriptions de la *vicesima*. C'est ainsi qu'elles mentionnent successivement les *procurationes* suivantes : *Hispania citerior*, — *Hispania, Bætica et Lusitania*. — *Gallia Narbonensis et Aquitanica*, — *Gallia Lugdunensis, Belgica et Utraque Germania*, — *Achaia*, — *Pontus Bithynia, Pontus Mediterraneus et Paphlagonia*, — *Asia* seule, — *Asia* ou *Pamphylia, Lycia, Phrygia, Galatia, Insulæ Cyclades*, — *Asia, Lycia, Pamphylia*, — *Syria*.

Pour la *Pannonia utraque*, on ne trouve pas de *procurator*, mais un *villicus*, particularité que M. Cagnat attribue à ce fait qu'il s'agit de provinces comprises dans l'*Illyricum*, dont un *procurator vectigalis Illyrici* était

chargé de percevoir les *vectigalia* et sans doute aussi la *vicesima hereditatium*.

Chaque *procurator* avait sa résidence et son bureau principal dans la capitale de la province, quand celle-ci formait à elle seule une circonscription, à Tarracon par exemple, pour l'*Hispania citerior*, ou dans la capitale d'une des provinces, quand la circonscription en renfermait plusieurs. Des bureaux secondaires, sous les ordres d'un *subprocurator*, servaient à faciliter la perception. Ils étaient, en général, dans des localités importantes, comme à Emerita, sur les frontières de la Lusitanie et de la Bétique, à Placentia, sur les confins de deux régions de l'Italie, sans qu'il faille conclure de cette situation, due sans doute aux nécessités locales, que ces bureaux servissent à la fois aux deux provinces limitrophes, à Vienne en Narbonnaise, etc.

Les *procurationes* étaient des charges importantes ; elles n'étaient pas cependant toutes égales entre elles, sans qu'on puisse aujourd'hui déterminer exactement quels étaient les appointements attribués à chacune d'elles, appointements variables avec l'étendue de la circonscription, qui n'était pas elle-même immuable, comme le montrent les exemples cités plus haut, et pouvant, de plus, être modifiés plus ou moins arbitrairement par la volonté de l'empereur. Ces *procurationes* étaient, les unes *centenariæ*, les autres simplement *sexagenariæ* ; presque toujours elles étaient confiées à des chevaliers ; on ne trouve qu'un seul exemple d'un *procurator* qui fut un affranchi, et cela avant la réforme de l'impôt opérée par Hadrien.

En revanche, on réservait d'ordinaire aux affranchis les fonctions de *subprocuratores*, celles de *commentarienses*, ou *a commentariis*, teneurs de livres, ainsi que celles de

tabularii. Sous leurs ordres, des esclaves remplissaient des emplois divers, notamment ceux de *villicus* ou d'*arca-rius*. Ce dernier était chargé de tenir la caisse ou *arca*, où se versait l'impôt perçu dans la province.

Règles de perception. — Pour compléter l'étude de la *vicesima hereditatium*, il ne reste plus qu'à rechercher sur quelles bases se liquidait l'impôt, et quels moyens le Trésor employait pour la perception. Comme le testament était très en faveur chez les Romains, et que c'était lui qui déterminait les droits à percevoir, et souvent même leur donnait naissance, en écartant de la succession des personnes exemptes du paiement de la *vicesima*, on s'explique l'importance qu'avait le testament aux yeux de la loi fiscale, importance révélée notamment par ce fait que c'est cette loi qui a fixé la plupart des formalités à observer pour assurer l'exécution des dernières volontés des citoyens décédés.

Paul, dans ses *Sentences* (iv, 6-3), nous apprend que le testament devait être ouvert dès le décès, dans les trois ou les cinq jours, et cela, tant dans l'intérêt du Trésor que dans celui des héritiers, légataires et esclaves affranchis. Si les héritiers étaient absents, le délai était le même à partir du jour de leur arrivée. Pour éviter les lenteurs pouvant provenir d'un procès, à l'effet de savoir qui recueillerait définitivement la succession et paierait les droits, et pour ne pas faire attendre au Trésor l'issue de ce procès, Hadrien, par une Constitution mentionnée au Code (vi, 33-3), décida que l'héritier désigné par le testament, pourvu que celui-ci fût valable en la forme, serait immédiatement envoyé en possession de l'hérédité. Le fisc trouvait ainsi devant lui un héritier auquel il pouvait s'adresser pour obtenir le paiement des droits,

Déductions admises. — L'impôt n'était pas, comme aujourd'hui, perçu sur l'actif brut de la succession. On déduisait de cet actif les dettes ainsi que les frais funéraires. Pour les dettes, on n'a pas de textes absolument formels ; aussi s'est-il élevé quelques doutes à ce sujet. La déduction semble cependant probable, car le droit était dû sur l'*hereditas*, et celle-ci comprend seulement l'actif net, en vertu du principe : *bona intelliguntur deducto ære alieno* (Aubertin. *Des honoraires des notaires*, 1855, p. 319). A l'égard des frais funéraires, les textes et les inscriptions permettent plus de précision. Des difficultés s'élevèrent souvent entre les héritiers et les Publicains à ce sujet, et Pline nous apprend que Trajan réprima les abus de ces derniers, qui cherchaient à restreindre, sans en avoir le droit, les frais funéraires. Pour éviter ces difficultés, les jurisconsultes et les empereurs cherchèrent à déterminer les dépenses dont les héritiers seraient autorisés à faire la déduction. D'après Macer, il fallait entendre par frais funéraires l'argent dépensé pour embaumer le mort, le prix du terrain destiné à sa sépulture, les *vectigalia* payés à l'occasion de ce prix, en un mot ce qui avait été dépensé pour le *de cuius* avant son ensevelissement. Un rescrit d'Hadrien ajoute à ces frais les dépenses du tombeau, mais seulement en tant qu'elles étaient destinées à préserver le corps de toute profanation. Si les héritiers jugeaient à propos de faire élever à leur auteur un monument funéraire considérable, même s'ils n'avaient fait qu'exécuter une de ses dernières volontés, ils n'avaient point le droit de déduire de l'actif les frais de ce monument (D. xi, 7-37).

L'héritier ne payait de droits que pour ce qu'il recueillait effectivement, les légataires acquittant personnellement l'impôt pour le montant de leurs legs. Pour

connaître ce qui était dû au Trésor par l'héritier, il ne suffisait donc pas de retrancher de l'actif le passif et les frais funéraires ; il fallait encore déduire les legs, à moins que le testateur par une clause spéciale n'ait mis à la charge de l'héritier institué la *vicesima* relative à ces legs. Cette déduction était souvent difficile à opérer comme le montre le testament de Dasumius qui nous a été conservé, surtout lorsqu'il s'agissait de legs d'aliments. Pour calculer la valeur en argent de ces legs, on avait recours à deux procédés. Le premier, le plus exact et le plus régulier à ce qu'il semble, consistait à se servir d'un tarif indiqué par Macer, qui avait été calculé par Ulpien et que Tribonien a appliqué à la détermination de la quarte Falcidie (D. XXXV, 2, 68). En voici quelques exemples : quand le légataire avait de un à vingt ans, il était présumé devoir vivre encore trente ans ; s'il avait de vingt à vingt-cinq ans, il devait vivre vingt-huit ans seulement ; s'il en avait de vingt-cinq à trente sa vie probable n'était plus que de vingt-cinq ans, et ainsi de suite jusqu'à quarante ans. Entre quarante et cinquante ans, on admettait que le légataire vivrait le nombre d'années nécessaires pour atteindre cinquante-neuf ans. Enfin de cinquante-cinq à soixante ans, la vie moyenne présumée n'était plus que de cinq ans. Un second procédé plus simple, et qui dans la pratique était peut-être plus communément suivi, consistait à ne faire que deux catégories. Les légataires de moins de trente ans étaient présumés devoir vivre encore trente ans, et ceux de plus de trente ans, le nombre d'années nécessaire pour atteindre l'âge de soixante ans. Trente ans se trouvait donc être un maximum pour la vie future du légataire. Une fois le chiffre d'années que doit vivre probablement le légataire d'aliments déterminé, il ne restait

plus qu'à multiplier par ce chiffre le montant de la pension à laquelle il avait droit. C'était là un calcul qui devait se présenter assez fréquemment pour les partages d'ascendants. Il devait en effet arriver souvent que le père, qui pendant longtemps a eu seul le droit de faire des partages de ce genre, imposât à ses enfants l'obligation de payer une rente viagère soit à des ascendants d'un degré plus éloigné, soit le plus ordinairement à leur mère survivante.

Malgré les prescriptions et les règles souvent très minutieuses qui précèdent, on n'arrivait pas toujours à éviter les difficultés entre les héritiers et les fermiers ou procureurs de la *vicesima hereditarium*. Plutôt que de plaider, les héritiers préféraient bien des fois entrer en accommodement avec le Trésor. Les transactions étaient donc fréquentes, mais n'étaient valables à l'égard du Trésor que si elles étaient soumises à l'approbation de l'empereur, comme le montre un texte du Digeste (D. II, 15, 13). Dasumius dans son testament conseillait même à ses héritiers une transaction de cette espèce.

ANCIEN DROIT FRANÇAIS

Comme pour le droit romain, je commencerai par exposer rapidement les principales règles du partage d'ascendant au point de vue civil, puis j'examinerai ensuite les droits et taxes auxquels ce partage était assujéti.

Pays de droit écrit. — Dans les pays de droit écrit on

suivit le droit romain avec quelques légères modifications. Les ascendants pour distribuer leurs biens entre leurs enfants eurent donc le choix entre le *testamentum inter liberos*, et le partage proprement dit ou *divisio*, en suivant les règles fixées en dernier lieu par Justinien pour ces actes dans les Nouvelles 18 et 107. Il s'éleva, il est vrai, des difficultés sur l'interprétation de ces nouvelles dont les interprètes ne surent pas nettement distinguer les objets, les appliquant souvent à la fois au partage et au testament.

L'ordonnance de 1735, pour couper court à la controverse, assimila pour la forme les deux modes de partage et exigea dans tous les cas, soit un acte solennel notarié, soit un acte olographe, mais ne toucha pas aux règles de fond. Quant à ces dernières règles, il suffit de faire remarquer que le partage était nul s'il contenait des dispositions en faveur de non-descendants, que les testaments mutuels ou conjoints étaient permis, et que le partage fait par l'ascendant était désormais valable par lui-même, le juge n'ayant plus à l'exécuter au moyen d'adjudications.

Le partage en tous cas n'avait d'effet véritable qu'à la mort de l'ascendant, qu'il résultât d'un testament ou d'un acte ayant la forme d'un acte entre vifs.

Pays coutumiers. — Dans les pays coutumiers on rencontre en général deux institutions de nature très différente, dont l'une au moins est intéressante à étudier au point de vue fiscal, et offre de nombreux points de comparaison à cet égard avec le droit actuel ; ces institutions sont le partage proprement dit et la démission de biens.

Partage proprement dit. — Le partage se rapprochait

à divers égards de celui des pays de droit écrit. Comme lui, il n'avait d'effet et ne saisissait de la propriété que par le décès, bien que l'ascendant eût la faculté de l'exécuter de son vivant. L'ordonnance de 1735 exigea également qu'il fût fait par acte notarié ou par acte olographe, formes qui d'ailleurs étaient, dès avant cette époque, presque les seules admises. Il faut remarquer que toutes les coutumes ne prévoyaient pas de partage spécial pour les ascendants, et que les règles édictées par celles qui le mentionnaient étaient fort diverses. Dans les pays dont les coutumes passaient sous silence le partage on finit cependant par l'admettre, mais en le restreignant aux seuls ascendants. Cette restriction n'existait pas dans les autres pays, qui, les uns, autorisaient tous les ascendants, nobles ou non, à partager leurs biens, les autres, comme le Bourbonnais, donnaient cette faculté même aux collatéraux.

Les enfants étaient saisis par le partage de la portion qui leur était attribuée, comme s'ils étaient héritiers et non légataires, même s'il s'agissait d'un partage testamentaire. Ils n'en succédaient pas moins à leur ascendant en qualité d'héritiers pour les biens non partagés. Pour les biens partagés, on les considérait comme héritiers et non comme légataires dans les pays qui admettaient les avantages par préciput, et seulement comme légataires dans les coutumes d'égalité, afin qu'une inégalité accidentelle ne vint pas faire annuler l'œuvre de l'ascendant. Les dettes se partageaient de plein droit proportionnellement aux parts héréditaires des enfants si le donateur n'en avait pas disposé autrement.

Le partage devait nécessairement comprendre tout le patrimoine et tous les enfants qui existaient à l'époque de sa confection. Autrement il était nul. Il semble qu'en

général il entraînait l'obligation au rapport et à la garantie, et le donateur devait observer, plus ou moins rigoureusement selon les coutumes, l'égalité tant en nature qu'en valeur.

Enfin le partage était essentiellement révocable au gré de l'ascendant, sauf cependant s'il avait été fait par contrat de mariage, ou bien si, œuvre des deux époux, l'un d'eux était déjà décédé sans qu'aucune révocation ne fût survenue. Peu importait à cet égard l'exécution immédiate du partage du vivant du donateur à moins que, dans ce cas, celui-ci n'eût expressément renoncé à son droit de révocation.

Démission de biens. — La seconde institution que je dois mentionner, celle dont se rapproche surtout le partage moderne et qui lui a certainement servi de modèle, est la *démission de biens*.

Caractères de la démission. — Fort ancienne, puisqu'on la fait remonter aux Capitulaires ou même jusqu'à la loi salique, essentiellement coutumière, la démission est un acte par lequel une personne se dépouille de son vivant et actuellement de tous ses biens au profit de ses héritiers présomptifs, mais avec droit de révocation, au moins dans la plupart des coutumes. C'est une sorte d'anticipation de succession, une *hereditariæ spei anticipatio* dit Argentré. Le partage n'est là qu'un caractère accessoire, nullement nécessaire d'ailleurs, contrairement aux principes posés depuis par le Code civil. Intermédiaire entre la donation entre vifs, qui est irrévocable, et la donation testamentaire qui ne produit d'effets qu'au décès du donateur, la démission saisit de suite les démissionnaires de la propriété des biens donnés, au détriment

du démettant qui ne conserve que le droit de se repentir de sa libéralité et de la révoquer. Il y a mutation immédiate à l'égard des tiers, quoique pour le démettant il n'y ait en réalité qu'un acte à cause de mort.

Les coutumes étaient en général favorables à la démission de biens, qui présentait des avantages multiples tant pour le démettant que pour les démissionnaires. Ceux-ci entraient immédiatement en jouissance d'un patrimoine qui, placé dans des mains plus jeunes, ne pouvait qu'être mieux exploité. Par un partage fait sous la surveillance du donateur, on évitait souvent des querelles interminables entre les enfants qui, en outre, pouvaient se trouver allotis conformément à leurs aptitudes. Enfin l'ascendant devenu vieux, se déchargeait sur ses descendants des soins d'une administration devenue trop lourde pour lui, ne leur demandant plus que ce qui lui était nécessaire pour être à l'abri du besoin. Ce sont tous ces motifs réunis qui expliquent et démontrent l'utilité de la démission de biens ancienne et du partage actuel, motifs qu'il est nécessaire d'envisager ensemble sans faire prédominer exclusivement l'un d'eux à l'exclusion des autres. Autrement on se trouve conduit, lorsqu'on recherche les mobiles qui ont pu déterminer un ascendant à distribuer de son vivant ses biens entre ses enfants, à des conclusions inexactes qui font souvent sentir leur répercussion sur la perception des taxes fiscales, aussi bien dans l'ancien droit que dans le droit moderne.

La démission devait être faite au profit seulement des héritiers présomptifs du démettant proportionnellement à leurs parts héréditaires, et en outre elle comprenait nécessairement tous les biens appartenant au donateur, biens qui n'étaient pas désignés individuellement, sauf cependant le cas où un partage suivait immédiatement la

démission. Ces règles indiquent suffisamment le caractère de succession anticipée qui était le propre de la démission, caractère encore confirmé par ce fait que les démissionnaires sont tenus des dettes de leur auteur, quoique seulement jusqu'à concurrence des biens qu'ils recevaient, si un inventaire avait été dressé. Ces biens devenaient des propres comme des biens de succession, et en ligne directe au moins, car la démission était permise à tous ceux qui pouvaient laisser une hérédité légitime, le rapport des biens antérieurement donnés était dû, soit de suite, soit seulement à la mort du démettant. Les opinions différaient sur ce dernier point. La fiction n'était pas du reste absolue, et s'effaçait devant le fait de l'existence du donateur auquel, pour vivre, on permettait de se réserver sur sa libéralité des droits viagers comme un usufruit et même quelques objets particuliers.

Formalités à observer. — Il n'y avait pas en principe de formalités spéciales à observer pour réaliser une démission de biens. Celle-ci n'était, il est vrai, parfaite que par l'acceptation des démissionnaires, comme une donation.

A l'égard de l'insinuation il y a controverse. Lebrun ne l'exigeait pas, mais la coutume de Normandie et d'autres auteurs suivaient la doctrine contraire qui paraît bien l'avoir emporté dans la pratique.

La démission était-elle révocable ? — Comme le partage d'ascendants, la démission était révocable au moins dans la majorité des coutumes, car c'était une disposition à cause de mort. Il importe cependant d'observer que le droit de révocation *ad libitum* et sans motifs sérieux semble avoir été admis surtout par les jurisconsultes, et

que la jurisprudence des Parlements lui a été moins favorable. Les arrêts qui admettent la révocation, comme ceux du Parlement de Paris du 22 juillet 1578, du 20 mars 1643, du 24 mai 1647, du 3 août 1707, de 1770 (Merlin. Questions de droit. — V^o Démission), se basent sur les circonstances de la cause, n'ont pas été rendus en thèse. A l'exception de celui de 1770, ils ne prononcent la révocation, avec ou sans lettres royaux de revision, que si le donateur a des motifs graves à invoquer pour justifier son changement de volonté.

Les démissions étaient irrévocables dans toutes les coutumes au moins dans deux cas :

1^o Quand elles comprenaient seulement une quote-part des biens du démettant, et étaient revêtues des formalités prescrites pour les donations entre vifs, car alors ce n'étaient plus de vraies démissions (arrêt du Parlement de Paris du 2 mars 1652) ;

2^o Quand elles étaient contenues dans un contrat de mariage et faites en faveur des futurs.

En outre, dans certaines coutumes, la démission était toujours irrévocable. Cela avait lieu notamment en Normandie où l'insinuation était nécessaire, dans le ressort du Parlement de Metz, à Clermont en Argonne et en Bretagne après publication de la démission par trois bans successifs au prône et enregistrement au greffe.

Effets de la démission. — D'ordinaire la démission était immédiatement suivie d'un partage opéré par le donateur. Celui-ci devait observer en principe la règle de l'égalité pour la formation des lots ; le rapport et la garantie étaient dus par les copartagés entre eux, sauf dispense admise dans certains cas. Pour apprécier la validité de l'acte du donateur, il fallait, d'après le plus grand nombre des

auteurs, se reporter à la date du décès du démettant. La lésion s'appréciait également à la même époque, et la tolérance était plus ou moins grande à cet égard, selon qu'il s'agissait d'une coutume de préciput, où il suffisait que la légitime fût respectée, ou d'une coutume d'égalité qui n'admettait, et encore par nécessité pratique, que les lésions minimales.

Quelle était au décès la situation des démissionnaires? S'ils refusaient la succession, bien que la démission fut une sorte de succession anticipée et par conséquent définitive, ils ne pouvaient garder leur part dans les biens donnés, car ils n'étaient plus héritiers présomptifs. Comme on le voit, c'était leur caractère d'héritiers du démettant qui consolidait le droit des démissionnaires. La conséquence de cette règle eût été logiquement la nullité de l'acte, si au décès il existait des héritiers non compris dans la libéralité. Cependant cette conséquence, admise en ligne collatérale en cas de survenance d'enfants, fut écartée en ligne directe, et on ne permit aux enfants omis que de réclamer la part leur revenant dans la succession de leur auteur. Le démissionnaire renonçant n'était autorisé à conserver les biens qu'il avait reçus que dans un cas, lorsque la démission avait été faite par contrat de mariage. C'est qu'alors on regardait la démission comme une véritable donation au moins à l'égard de celui qui se mariait, si bien que la révocation n'en pouvait avoir lieu que pour les biens recueillis par les autres héritiers.

Quand, et c'était le cas le plus ordinaire, les démissionnaires acceptaient la succession du démettant, la démission se trouvait consolidée rétroactivement. Le défunt était considéré comme ayant laissé deux successions; la première comprenait les biens démis, dont le partage était maintenu, si, ce qui était assez fréquent, le démettant

avait fait suivre sa libéralité d'une attribution divise de ses biens entre ses héritiers. Il fallait bien entendu que les règles sur les partages eussent été observées, sauf une certaine tolérance de fait, comme cela a déjà été dit. On peut remarquer, cependant, que pour apprécier la validité du partage, on devait se reporter, en général, au moment du décès, d'après la majorité des auteurs, ce qui montre que l'on ne considérait pas à tous les points de vue la succession du donateur comme s'étant ouverte pour les biens démis à l'époque de la démission. La seconde succession s'appliquait aux biens que le démettant possédait encore lors de son décès. Suivant les cas, on en faisait un partage spécial, ou bien on les réunissait aux biens démis, pour faire du tout un partage général.

Résumé. — On voit, par ce qui précède, que dans l'ancien droit on reconnaissait l'existence de deux institutions distinctes pour le partage d'ascendants.

La première, ou partage proprement dit, était usitée dans toute la France ; elle avait pour but le partage des biens après la mort de l'ascendant, et correspond surtout au partage testamentaire actuel. En droit fiscal, les règles qui lui sont applicables sont naturellement celles des mutations par décès.

La seconde, ou démission de biens, était spéciale aux pays coutumiers ; elle avait pour but le partage immédiat et entre vifs des biens du donateur, mais avec faculté de révocation en général, ce qui la distinguait des donations ordinaires. C'est notre partage entre vifs actuel. Les pays de droit écrit, pour arriver à peu près au résultat produit par la démission de biens, n'avaient que la ressource de la donation entre vifs ou à cause de mort. Au point de vue

de l'impôt, la démission se rapprochait des donations, mais avec quelques règles spéciales.

Impôts atteignant les partages d'ascendants. — Je vais maintenant examiner quels impôts atteignaient le partage d'ascendants. Les impôts anciens qu'a remplacés l'impôt moderne de l'enregistrement se divisaient en deux catégories : d'une part les droits seigneuriaux, les plus anciens, qui ont servi de type aux autres, de l'autre part les droits royaux, c'est-à-dire l'insinuation, le contrôle et le centième denier. Ces droits avaient une étendue d'application très différente selon qu'il s'agissait d'un partage d'ascendant ou d'une démission de biens. En effet, sous l'ancien régime, le principe était que les successions en ligne directe échappaient à l'impôt de mutation. Or, comme le partage se bornait en définitive à régler la dévolution de la succession plutôt qu'à en être la cause déterminante, c'était en réalité le décès du donateur qui produisait la mutation ; c'était une véritable succession qui était recueillie par les descendants, et par conséquent l'impôt n'était pas exigible. Il en était tout autrement de la démission de biens, dont l'effet était de saisir immédiatement les démissionnaires de la propriété des biens donnés. Il est, par suite, particulièrement intéressant d'étudier l'application des taxes à la démission de biens, et c'est ce que je ferai d'abord en me bornant à indiquer en passant les taxes qui, éventuellement, pouvaient atteindre le partage proprement dit.

Je commencerai par indiquer rapidement la nature et les bases des divers impôts que je viens d'énumérer, puis j'examinerai comment ils se percevaient sur la démission de biens.

Droits seigneuriaux. — Les droits seigneuriaux ont leur

origine dans le régime féodal. Les concessions de fiefs, d'abord personnelles, revenaient au seigneur au décès du vassal. Peu à peu, on permit les mutations par succession, d'abord en ligne directe, puis en ligne collatérale, et ensuite par donation entre vifs ou testamentaire et par acte à titre onéreux. Mais le seigneur exigeait, pour prix de sa complaisance, une redevance à raison de l'investiture donnée au successeur. De même que les fiefs, les tenures roturières ou censives se sont trouvées soumises à des droits de mutation, droits distincts de ceux qui atteignaient les fiefs.

Ces derniers comprenaient d'une part le droit de relief ou de rachat pour toutes les mutations par décès, sauf en ligne directe, et d'autre part le profit de quint pour les mutations entre vifs. Le quint, comme son nom l'indique, était d'un cinquième du prix ou de la valeur des biens transférés, biens immeubles puisqu'il s'agissait de fiefs. Le relief se composait, soit du revenu d'une année des biens de la succession, soit, au choix du seigneur, d'une somme représentant les revenus et fixée de gré à gré, ou sinon, au dire de prudhommes experts. C'était le nouvel acquéreur qui devait acquitter les taxes, au moins dans le dernier état du droit.

Les biens roturiers étaient assujettis, pour les ventes et autres actes de transfert de la propriété moyennant un prix, aux *lods et ventes*, c'est-à-dire à un droit représentant la double taxe originaire de vente pour la dessaisine du vendeur, et de lods (du mot *laudare*, qui signifiait consentir, d'où *laudemium*) pour la saisine de l'acheteur. Il n'existait pas d'impôt analogue au droit de relief, le cens annuel en tenant lieu. Quelques coutumes cependant connaissaient le droit de *relevoison* pour les mutations par décès.

Droits domaniaux. Contrôle. — Le contrôle, dont le germe se trouve dans un édit de 1581 concernant les actes notariés, fut établi d'abord pour les actes d'huissier par un édit d'août 1669. Il fut étendu dès 1670 aux actes des Notaires lorsqu'ils devaient être signifiés aux parties. Mais ce ne fut que par un édit du Roi de mars 1693 que le contrôle devint d'une application générale et reçut la forme qu'il conserva jusqu'à la Révolution, forme qui, sur bien des points, a servi de modèle à l'impôt de l'enregistrement. Outre son intérêt fiscal, cette taxe avait pour but de constater la date des actes notariés et sous-seings privés. D'après Ferrière, (*Dictionnaire de droit*, I, p. 570) le contrôle des actes notariés était « une formalité qui a pour objet d'établir la vérité et l'authenticité de ces actes et de prévenir les fraudes, les faussetés, suppositions et antidates que les Notaires pourraient pratiquer. On convient que les Notaires, étant personnes publiques, rendent un témoignage de la vérité des actes qu'ils passent, mais le contrôle ajoute à ces actes le dernier degré de confiance et d'authenticité. » Le mot contrôle servait à désigner l'impôt lui-même, et le registre double où l'on mentionnait les expéditions des actes pour en assurer la conservation et empêcher les antidates.

En 1693, on se borna à ordonner le contrôle des actes des Notaires dans la quinzaine de leur date au bureau le plus proche, et sur la minute. Les Notaires du Châtelet de Paris étaient exempts de la taxe, privilège qui leur fut enlevé par une déclaration du 29 septembre 1722, mais rendu presque aussitôt par une seconde délibération du 7 septembre 1723. Les actes sous-seings privés furent eux-mêmes assujettis au contrôle d'abord par la déclaration du 14 juillet 1699, qui s'appliquait seulement aux actes reconnus soit par défaut soit contradictoirement,

ceux-ci étant portés à cet effet chez un Notaire qui les faisait contrôler, puis par un édit du mois d'octobre 1705, qui ordonna de faire remplir la formalité avant tout usage en justice des actes, à peine de nullité et d'une amende de 300 livres tant contre la partie que contre les huissiers et procureurs. Quant au tarif, fixé pour la première fois en 1693, il fut complètement remanié le 29 septembre 1722. Il était le même pour les actes notariés ou sous-seings privés.

Les droits étaient fixes ou variables. La quotité du droit fixe dépendait de la nature des actes. Il y avait des droits de 10 sols, 15 livres, etc. Pour les droits variables, la perception changeait avec l'importance pécuniaire des actes, mais s'abaissait avec l'augmentation des valeurs ou devenait fixe à partir d'un certain chiffre, ce qui grevait plus lourdement les petites fortunes que les grosses. Les causes de variation étaient assez nombreuses, mais les trois principales étaient d'après M. Naquet (*Traité des droits d'Enregistrement*, I, p. 10 et s.) : 1° attribution ou déclaration de valeur dans une convention ; 2° valeurs déterminées ou non dans l'acte ; 3° qualité des contractants. Cette dernière cause se rencontrait notamment dans les testaments, les contrats de mariage et les donations à cause de mort.

Contrats de mariage. — Quand il n'y avait pas de désignation de valeur dans un acte, celui-ci était soumis à un droit fixe, spécial d'ailleurs pour chaque nature d'actes. Le contrôle est, il importe de le remarquer, essentiellement un droit d'acte. Il se perçoit sur les écrits, non sur les mutations ; aussi était-il le même pour les meubles et les immeubles.

Insinuation. — L'insinuation est une formalité qui, prescrite primitivement pour la validité de certains actes, a été ensuite généralisée en perdant sa destination première et en devenant l'occasion de la perception d'un impôt.

Héritage du droit romain dans les pays du Midi, elle a été introduite dans les pays de coutumes par l'art. 132 de l'ordonnance de François I^{er} de 1539 et par l'art. 58 de l'ordonnance de Moulins de 1566, et rendue obligatoire pour les donations entre vifs de meubles et d'immeubles. L'art. 3 de l'édit de décembre 1703 et l'ordonnance de 1731 l'appliquent aux donations à cause de mort. Elle consiste essentiellement dans l'enregistrement de l'acte de donation au greffe d'une juridiction royale. A cet effet, chaque bailliage ou sénéchaussée tient deux registres, au moins depuis 1703, cotés et paraphés par le premier officier du siège. (Ord. de 1731, art. 24). Un tarif fixe le prix du paraphe à 10 sols pour 50 feuilles, 20 sols pour 50 à 100 feuilles et 3 livres pour 100 feuilles ou au-dessous. Un des registres reçoit les insinuations des actes soumis au droit de centième denier, et le second les autres. A la fin de l'année, les registres tenus primitivement par les greffiers, puis par les commis des domaines après prestation de serment devant le lieutenant général du siège sont dans les quatre mois déposés au greffe, et les recherches y sont permises moyennant un droit de 10 sols.

L'insinuation était exigée à peine de nullité pour les donations, sauf certaines exceptions qui comprenaient principalement : les donations en ligne directe et à titre singulier faites par contrat de mariage, que l'on regardait plutôt comme l'accomplissement d'un devoir que comme une vraie donation (Arrêt du 31 juillet 1673. — Ferrière

II, p. 54); les donations de meubles ou *mobiliaires* quand il y avait tradition réelle, ou sans tradition, si elles ne dépassaient pas 1.000 livres; les donations où le Roi était partie, et les donations modiques pour œuvres pies.

La formalité avait lieu pour les meubles au greffe de la juridiction dans le ressort de laquelle était domicilié le donateur lors de la donation, si la formalité est requise dans le délai de quatre mois, et lors de l'insinuation, si celle-ci a lieu postérieurement à ce délai. Pour les immeubles, il fallait, en outre, insinuer dans chacune des juridictions des lieux où étaient situés ces immeubles. Plus tard, quand on exigea l'insinuation pour des actes autres que les donations, la formalité était en général remplie au même endroit que celle du contrôle, et les droits s'y percevaient en même temps, et cela quoiqu'il pût s'agir d'une donation pour laquelle l'insinuation était obligatoire dans une autre localité au point de vue de la loi civile. On ne percevait, d'ailleurs, qu'un seul droit, même s'il y avait lieu à plusieurs insinuations.

Pour les donations, le délai pendant lequel l'insinuation devait avoir lieu avec effet rétroactif était de quatre mois. L'insinuation était possible, passé ce délai, mais elle n'avait d'effet qu'à partir de sa date. En outre, s'il s'agissait d'immeubles, leur mutation n'ayant pas été déclarée, il y avait amende pour le droit de centième denier, ainsi qu'on le verra plus loin, et pour les donations mobilières, qui échappaient au centième denier, la peine était d'un droit en sus (Ferrière, *Dictionnaire*, V° *Insinuation*, p. 54, II.). Des lettres patentes du 3 juillet 1769 décidèrent que les dons faits entre mari et femme par contrat de mariage ne devraient être insinués que dans les quatre mois du décès du prémourant, à moins qu'il ne s'agit d'une donation de biens présents.

Un édit de décembre 1703, pour assurer la perception du centième denier, étendit la formalité de l'insinuation à une foule d'autres actes que les donations, et la soumit à la perception d'un droit spécial, lorsque l'acte insinué n'avait pas à acquitter le droit de centième denier. L'insinuation donna alors naissance à un véritable impôt, le droit d'insinuation, analogue à bien des égards au droit de contrôle, et qui se percevait en même temps que lui et aux mêmes bureaux. Le délai pour les nouveaux actes sujets à insinuation devint le même que pour le contrôle. Le tarif fixé en 1703 fut remanié le 29 septembre 1722 et contenait des droits fixes, proportionnels ou gradués selon la qualité des personnes. Il importe de remarquer que cet impôt ne se cumulait pas avec celui du centième denier, quoiqu'en 1703 on eût ordonné de faire insinuer de nombreux actes passibles de ce dernier droit. La perception du centième denier, droit en général élevé, couvrait la formalité de l'insinuation.

Centième denier. — Le dernier en date des impôts qui ont été fondus dans l'impôt actuel de l'enregistrement est le centième denier. C'est une imitation des droits seigneuriaux, mais il se percevait au profit du Trésor royal. Un édit du mois de décembre 1703 déclara que les nouveaux acquéreurs, à quelque titre que ce soit, lucratif ou onéreux, des biens tenus en fief ou en censive devront désormais payer au Roi la centième partie du prix ou de l'estimation des immeubles qu'ils auront acquis. Cet édit porte le nom d'Édit des Insinuations laïques (Ferrière, *Dictionnaire*, V^o Centième denier). Il n'y a exemption de taxe que pour les successions en ligne directe, les donations faites par contrat de mariage, et les donations à cause de mort également en ligne directe, les legs faits

par les parents à leurs enfants, ainsi que les dons faits aux enfants pour leur tenir lieu de titre clérical.

Seules, les mutations immobilières étaient atteintes en principe ; cependant les immeubles fictifs comme les offices échappaient au droit qui, en revanche, était exigible sur les baux de plus de neuf ans, les antichrèses, etc., quoiqu'il n'y eût pas là un transfert de propriété. Quand les titres ne fournissaient pas les éléments nécessaires pour asseoir la perception, la valeur des immeubles transférés était fixée de gré à gré entre le fermier et les parties, ou, à défaut d'entente, par des experts. Le Trésor royal avait le droit de rechercher les mutations secrètes. La perception avait lieu sur la déclaration des parties ou la présentation de l'acte translatif, qui devaient être faites dans les six mois de la mutation à peine de double droit. Elle ne pouvait être retardée que par une condition suspensive, mais non par une condition résolutoire. Si l'acte sur lequel un droit avait été payé venait plus tard à être annulé, même pour vice inhérent, aucune restitution n'était autorisée. Il convient de faire remarquer que le droit était dû, même sur les soultes et les prix de licitation en matière de partage, et que, dans une vente de meubles et d'immeubles qui ne contenait pas de prix distinct pour les meubles, on percevait comme s'il s'était agi d'une mutation exclusivement immobilière.

L'édit de 1703 ne concernait que les fiefs et les censives. Mais les besoins du Trésor à la fin du règne de Louis XIV étaient trop grands pour que les francs-alleux échappassent longtemps aux droits qui grevaient les autres immeubles. Aussi, dès l'année suivante, une déclaration du 19 juillet 1704 les soumit-elle à la loi commune.

Pour les successions et les donations les premiers édits ne parlaient pas de la déduction des dettes. Fallait-il ou non l'admettre ? Les fermiers de l'impôt se prononcèrent pour la négative ; ils échouèrent en première instance devant les intendants, mais en appel ils réussirent à faire confirmer leur prétention par des arrêts du Conseil (Aubertin. *Du Principe de la non-déduction des Dettes*, 1882, p. 319). Un édit d'août 1706 et une déclaration du 2 août 1707 décidèrent bientôt qu'il n'y avait pas lieu de déduire les dettes de l'actif brut, à la seule exception des cens et rentes foncières qui formaient dans l'ancien droit de véritables immeubles.

Autres droits applicables au partage. — Il me reste à parler brièvement de quelques autres droits et redevances peu importants sur lesquels je ne reviendrai pas ; leur simple définition suffira en général à faire voir dans quels cas ils étaient applicables aux partages d'ascendants et aux démissions de biens.

Parmi les droits seigneuriaux, on rencontre d'abord pour les mutations entre vifs de fiefs, le profit de quint. Le quint, son nom l'indique, était du cinquième du prix ; il y avait lieu de le percevoir dans les pays où les coutumes assujettissaient à l'impôt les soultes de partages en matière de droits seigneuriaux, ce qui était exceptionnel.

En outre, pour les fiefs, le nouveau vassal devait la foi et l'hommage à son suzerain. Ce droit ou plutôt ce devoir féodal donnait à l'origine lieu à une véritable cérémonie présidée par le suzerain lui-même, mais à la fin de l'ancien régime ce n'était plus guère qu'une vaine formalité, pour laquelle les parties étaient le plus souvent représentées par des mandataires,

Enfin dans les cas où il n'y avait ni droit, ni profit de fief, comme en général dans les successions ou donations en ligne directe, outre la foi et l'hommage, le vassal devait l'aveu et le dénombrement du fief au seigneur, ce qui se traduisait par une redevance pécuniaire au profit de ce dernier. L'aveu et le dénombrement étaient dus notamment pour les mutations qui se produisaient à la suite des partages et divisions entre cohéritiers, même en ligne directe, des licitations ainsi que des accroissements entre héritiers par suite de renonciation d'un ou de plusieurs d'entre eux à la succession de leur auteur.

Pour les fiefs relevant directement du roi, mouvants du Domaine, la foi et l'hommage, les aveux et dénombremments avaient lieu, aux termes d'un arrêt du Conseil du 27 mars 1683, au bureau des Finances de chaque Généralité, en présence des Intendants et Commissaires départis.

Aux droits domaniaux se rattachaient : 1^o le droit de *sceles* qui était perçu lors de l'apposition des sceaux aux actes ou jugements.

2^o Et le droit d'*ensaisinement* payé au receveur général des domaines, en exécution d'une déclaration royale du 23 juin 1705 et d'un arrêt du Conseil du 31 janvier 1708, lors de l'inscription sur les registres des receveurs et contrôleurs généraux des domaines et bois, des contrats translatifs qui concernaient les terres tenues en fief ou en roture et relevant du domaine du roi.

Perception des Droits. -- Comment avait lieu la perception des droits et taxes que l'on vient d'énumérer ?

Pour les droits seigneuriaux il y a peu de chose à dire. Ils étaient acquittés entre les mains d'agents préposés à ce soin par les seigneurs, et qui avaient reçu des dénomi-

nations diverses. On les considérait comme des droits réels, et ceux-ci se réglant par la loi de la situation des héritages qui en sont chargés, c'était la coutume de la situation du fief servant, et non celle du fief dominant qui fixait les bases de la perception, et cela quoique l'action pour réclamer les droits résidât en la personne du seigneur suzerain (Coutume de Paris art. 78, 79 et 81). Les droits échus mais non payés se prescrivaient en principe par 30 ou 40 ans.

A l'égard des droits dus au Trésor royal, ils formaient partie du domaine *muable* du Roi, parce que leur montant était susceptible de variations d'une année à l'autre, par opposition au domaine *immuable* qui n'augmentait ni ne diminuait et comprenait les cens et revenus dus au Roi.

Ces droits, comme la plupart des impôts de l'ancien régime, étaient affermés et constituaient avec divers droits analogues, par exemple l'amortissement, le nouvel acquêt, etc., la ferme des Domaines, une des cinq grosses fermes. Ce mode de perception était assez défectueux, les contribuables n'étant pas toujours suffisamment protégés contre les exigences des fermiers, exigences que favorisaient la multiplicité et l'obscurité des règlements, édits et arrêts rendus au sujet des Domaines.

Les droits, aussi bien ceux de contrôle, d'insinuation, de scel, que de centième denier et autres, étaient acquittés dans des bureaux spéciaux établis par les fermiers, et généralement appelés bureaux du contrôle. On devait leur apporter les actes et contrats soumis aux droits et y faire la déclaration des mutations.

Chaque bureau avait une circonscription déterminée, et l'on devait faire contrôler ses actes et payer les droits au bureau de sa circonscription; non au bureau le plus

rapproché de son domicile, ainsi que le déclare une décision du 30 octobre 1735.

En cas de contestation entre le fermier ou son receveur et le contribuable, l'affaire était portée devant l'Intendant qui statuait en premier ressort. En appel on allait devant le Conseil des Finances, siégeant à Paris et composé du Roi, du Chancelier, d'un chef du Conseil qui était d'épée, du Contrôleur général, des Intendants des Finances, de Conseillers d'Etat et de Maîtres des Requêtes. Les Conseillers étaient assis, et les Maîtres debout. Un secrétaire du Conseil signait les arrêts. Le Conseil jugeait toutes les affaires concernant les Finances, les Domaines et les Droits de la Couronne ainsi que les difficultés qui surgissaient entre les fermiers et les particuliers. La procédure à suivre avait été déterminée par un Règlement du 15 septembre 1661 (Ferrière. *Dictionnaire*. V^o Conseil des Finances, T. I p. 526.).

Application des droits au partage et à la démission de biens. — Après avoir posé les principes généraux qui régissaient la perception des droits domaniaux, il reste à étudier leur application à la démission de biens et au partage d'ascendants. Je commencerai par la démission de biens, qui se rapproche le plus du partage actuel et présente par conséquent un intérêt plus considérable.

Démission de biens. — Un premier effet du transfert de la propriété résultant de la démission, c'est que, si un démissionnaire meurt avant le démettant, les biens qu'il avait recueillis ne retournent pas au démettant, mais sont dévolus à ceux que la coutume appelait à sa succession. C'est ainsi qu'en Bretagne, où la démission était irrévocable, et, au moins pour les nobles, était faite en

faveur de l'ainé, à charge de faire raison aux puînés, si un de ces derniers décède avant le père, ce qu'il a reçu en vertu de la démission revient aux frères et sœurs et non au père. La succession est collatérale et, par suite, le droit de centième denier est dû. Aucun droit n'eût été exigible si le démettant avait été héritier, car il se serait agi d'une succession directe en ligne ascendante dévolue par la coutume.

La démission elle-même était assujettie aux trois droits de contrôle, de centième denier et d'insinuation.

Le contrôle l'atteignait comme tous les autres actes, et le tarif définitif fut fixé par les articles 3, 4 et 44 de l'ordonnance du 29 septembre 1722, articles qui visaient les donations entre vifs effectuées par toutes sortes d'actes, même par *démission de biens*. On voit par là, qu'au point de vue de la loi fiscale au moins, le caractère dominant de la démission de biens était celui d'un acte portant mutation entre vifs à titre gratuit. Le caractère de succession anticipée que la loi civile lui reconnaissait n'était pas admis par le Trésor qui, sans cela, eût dû lui appliquer plutôt les droits des testaments que ceux des donations. Cette divergence entre les deux lois est d'autant plus intéressante à noter qu'elle ne se retrouve plus au même degré, ou plus exactement qu'elle se retrouve, mais en sens inverse pour ainsi dire, dans le droit actuel qui, au civil, considère les partages d'ascendant surtout comme des donations, et pour l'enregistrement, au contraire, tend à les assimiler plus ou moins complètement aux successions.

La divergence, sous l'ancien régime, s'accroît encore pour le centième denier. Tandis que les successions en ligne directe échappent en principe à ce droit, l'article 6 de la déclaration du Roi de 1708 vise les démissions parmi les

actes soumis au centième denier, la faveur accordée à la ligne directe n'ayant lieu, dit Bosquet, que pour ce qui est donné par contrat de mariage aux enfants qui se marient. Il est d'ailleurs entendu que je ne parle ici que des démissions faites en ligne directe, celles en ligne collatérale se trouvant naturellement soumises à l'impôt, comme les successions dans la même ligne. Le droit est dû, conformément aux règles qu'on a vues plus haut pour le centième denier, sur la valeur entière des biens démis, sans aucune distraction pour dettes ou charges, notamment à raison de la réserve que l'ascendant faisait d'ordinaire à son profit d'un usufruit, ou d'une pension viagère.

L'article 3 de la déclaration royale du 20 mars 1708, et l'article 1^{er} du tarif de 1722, assujettissent à l'insinuation toutes donations faites par les père et mère ou aïeuls à leurs enfants, autrement que par contrat de mariage ou à cause de mort, ce qui comprenait en particulier les démissions de biens. Comme les biens immeubles démis devaient déjà acquitter le droit de centième denier, l'insinuation n'était exigible que sur les meubles et effets *mobiliaires*.

Tels étaient les principes de la perception. Il reste seulement à signaler certains points de détail intéressants.

Détails de la perception. — Il n'y avait pas de formule spéciale pour la démission. Il suffisait que des parents aient déclaré en justice ne plus vouloir s'occuper de leurs biens, qui seront partagés par leurs enfants après leur mort, et dont ils se réservent seulement la jouissance leur vie durant.

Une décision concernant une démission faite sous réserve de pension viagère est intéressante à noter, parce

qu'elle montre la superposition de deux droits. L'intendant de Bretagne n'ayant exigé qu'un droit d'insinuation sur la pension viagère, un arrêt du Conseil du 8 mars 1718 ordonna de percevoir en outre le centième denier à raison des immeubles démis. La pension viagère, quoique condition de la donation, n'échappait donc pas à l'impôt, mais était soumise à une taxe spéciale. Aujourd'hui on la considérerait comme une disposition dépendante ne donnant lieu à aucun droit particulier. C'est un progrès sur l'ancienne législation dans le sens de l'adoucissement de la perception, progrès qu'il convient de signaler, car les exemples en sont assez rares.

La démission transfère la propriété et non la simple jouissance des biens donnés. Cette conclusion est surtout évidente dans les pays qui la considèrent comme irrévocable, par exemple en Bretagne.

A l'origine, on eut de la peine à faire admettre par les contribuables que la loi fiscale ne considérerait pas la démission au même point de vue que la loi civile. C'est ce qui explique plusieurs arrêts de 1722, 1723, 1730, etc., rendus contre des descendants qui, pour échapper à l'impôt du centième denier, se bornaient à dire qu'ils avaient recueilli des biens par l'effet d'une démission, et que celle-ci devait être assimilée à une succession anticipée en ligne directe.

Peu importait que la démission fût ou non suivie d'un partage, ni même qu'elle fût révocable en vertu de la coutume ou stipulée expressément révocable dans l'acte qui la constate, bien qu'on puisse être tenté de donner à cet égard une solution différente par *a contrario* des espèces citées plus haut. Le partage, en effet, n'était qu'une modalité de la démission, et celle-ci, quoique révocable, n'en transférerait pas moins immédiatement la pro-

priété. Par application d'un principe de l'ancien droit dont je viens de parler, on exigeait un demi-droit de centième denier (le tarif des mutations d'usufruit était moitié de celui des mutations de pleine propriété, règle encore suivie aujourd'hui) à raison de l'usufruit des biens du père prédécédé, que les enfants démissionnaires avaient cédé à leur mère comme condition mise par elle à sa démission. Il ne faudrait pas d'ailleurs exagérer la règle précédente. Un droit particulier n'était exigible que sur les prestations faites directement par les enfants et prélevées sur leurs ressources personnelles, sur ce qui pouvait être regardé comme une donation procédant des enfants à leurs parents et distincte de la donation faite par ces derniers. Une simple réserve d'usufruit des biens démis ne donnait pas ouverture à un droit spécial. L'acte intervenu ne s'analysait pas en une mutation de la pleine propriété au profit des enfants avec rétrocession par eux de l'usufruit à leurs parents. Il n'y avait en réalité qu'un transfert de nue propriété. La démission était seulement moins importante, l'usufruit restant sur la tête des donateurs qui ne l'ont à aucun moment transmis. En revanche, le droit était dû, même dans le cas précédent, sur la pleine propriété, le centième denier n'admettant pour la fixation de la valeur des biens transmis, aucune déduction de dettes ou charges. Si l'usufruit, quoique affectant directement la propriété des biens transmis, n'autorisait pas à retrancher quoi que ce soit de la valeur de ces biens pour percevoir l'impôt, à plus forte raison devait-il en être de même pour des rentes viagères payables au démettant, simples charges de la donation.

Comme on l'a vu, on avait admis une exception à l'exigibilité du centième denier lorsqu'il s'agissait d'une démission faite par contrat de mariage. C'est la consé-

quence de la faveur que le législateur accorde, encore aujourd'hui, à l'établissement des enfants par mariage, faveur qui, sous l'ancien régime, s'explique aussi par ce fait que dans nombre de coutumes, cet établissement était presque obligatoire pour les parents. Mais l'exception en question ne devait pas être étendue au delà des termes fixés par les ordonnances. Elle n'existait qu'au profit des démissions contenues dans un contrat. Les parties ont cependant cherché à faire profiter de l'exemption de droit des démissions faites en vue du mariage, mais non par contrat. Leurs prétentions ont été constamment écartées par le Conseil du Roi.

Un conjoint survivant pouvait se démettre de ses biens propres, en les partageant entre ses enfants concurremment avec les biens du prédécédé. S'il se réservait l'usufruit de l'ensemble de ces biens, un droit de mutation d'usufruit était exigible, comme on l'a vu, mais seulement sur les biens du prédécédé. Le droit était dû, même si le survivant, pour tenir lieu à ses enfants de l'usufruit de ces derniers biens, s'obligeait à leur servir une pension viagère. Il parassait dur aux redevables en cas de réserve d'usufruit de payer immédiatement des droits sur une propriété qui ne leur conférait aucun avantage appréciable. Des réclamations s'élevèrent et aboutirent à un résultat, au moins pour la Bretagne. Sur la plainte des Etats de cette province, une décision du 16 juin 1740 et un arrêt du Conseil du 5 juillet suivant déclarèrent que les partages faits par les parents entre leurs enfants, qui ne jouiraient pas des biens partagés du vivant de leurs auteurs, ne seraient *contrôlés* seulement qu'au décès des parents. Si la tradition et la jouissance des biens au contraire sont immédiates, il y a lieu à la perception du contrôle, du droit d'insinuation et du centième denier, ce

qui semble indiquer que, dans le premier cas, ces deux derniers droits n'étaient pas exigibles lors du partage. Au décès d'ailleurs on ne pouvait non plus les réclamer, car les *successions* en ligne directe en étaient exemptes.

Sans nier l'importance de ce dégrèvement, spécial du reste à la Bretagne à ce qu'il semble, je ne crois que l'on doive se l'exagérer. En effet, la décision précitée ne parle que des *partages*, non des démissions ; en réalité, elle se borne à déclarer que les partages de biens en nue-propriété faits entre enfants, les démissions avec réserve totale d'usufruit, si on le préfère, seront considérés, qu'il y ait ou non transfert immédiat et actuel de la nue-propriété, comme de simples partages d'ascendants n'ayant d'effet qu'au décès et par conséquent soumis à l'impôt seulement à cette époque. On a jugé nécessaire de prévenir toute tendance des fermiers à imposer un partage comme une démission par une décision spéciale à la Bretagne, parce que cette province admettant l'irrévocabilité des démissions, il y était plus facile peut-être qu'ailleurs de confondre un partage, dont l'effet est retardé jusqu'au décès, avec une démission en nue-propriété ; rien n'indiquant dans ce dernier cas que les enfants sont saisis effectivement de cette nue-propriété, on a assimilé une pareille démission au partage. Ce qui peut servir à confirmer cette opinion, c'est qu'on ne parle que des partages faits par les parents, alors que les démissions sont autorisées au profit de tous les héritiers présomptifs et que les ascendants seuls ont le droit de faire un partage privilégié entre leurs enfants.

En Bourgogne, on retrouve quelque chose d'analogue. Si les parents partagent leurs biens entre leurs enfants, même inégalement, et avec ou sans leur consentement, et que ce partage ait effet de suite, on le regarde comme

une démission et le fermier peut de suite exiger les droits de centième denier et autres, quoique l'acte soit révocable. Si, au contraire, les parents conservent leurs biens entre leurs mains, il y a partage n'ayant effet qu'au décès et aucun droit n'est dû.

Une démission faite même la veille d'un contrat de mariage, évidemment en vue du mariage, n'échappait pas à l'impôt. Il n'y a là sans doute qu'une question de forme, mais elle suffit à rendre le centième denier exigible, et le Trésor ne peut avoir à souffrir d'une erreur de droit commise par les parties, erreur qu'elles eussent évitée avec un peu plus de vigilance.

La question de rapport était sans influence ; en effet, ce rapport n'était pas contraire à l'essence de la démission, comme dans le droit actuel ; on n'admet aujourd'hui que le partage d'ascendant est exclusif de l'idée de rapport en nature, que parce qu'il s'agit d'un acte double, d'une donation et d'un partage, et il ne faut pas oublier que la démission n'impliquait nullement l'idée d'un partage, bien plus, qu'elle pouvait être faite à un seul descendant.

Les fermiers avaient le droit de vérifier si les actes qu'on leur présentait contenaient ou non une démission, et pouvaient prouver le fait de la démission par des pièces, actes ou faits parvenus à leur connaissance. Ils avaient même le droit de rechercher les mutations secrètes et de les imposer quoiqu'on leur eût dissimulé l'acte d'où elles résultaient.

Si, lors du contrôle d'un acte, la perception a été insuffisante, le fermier peut, lorsqu'il s'est aperçu de l'erreur commise, exiger un supplément de droit. Il ne semble pas qu'à cet égard des règles bien fixes fussent établies en ce qui concerne la prescription.

Une décision du 25 juin 1746 montre que la mesure

prise à l'égard de la Bretagne et concernant les réserves d'usufruit, si elle a jamais été applicable à une véritable démission contenant dessaisissement actuel, n'avait pas une portée générale et n'était pas applicable à tout le royaume. Une mère survivante s'étant, dans le ressort de la Généralité de Paris, démis de ses biens en faveur de ses enfants, sous réserve de l'usufruit tant des biens démis que de ceux du père prédécédé, démission suivie d'ailleurs de partage, il a été déclaré que : « Par le
« partage les biens ayant été divisés et la mère ayant
« abandonné à ses enfants la propriété de ceux qui lui
« revenaient, il est dû pour cet objet un droit de cen-
« tième denier, et à l'égard de l'usufruit abandonné par
« les enfants à leur mère des biens qui leur sont échus
« par le partage, il est dû un demi-droit de centième
« denier. »

Loin de faire retarder la perception, la réserve ou la constitution d'un usufruit, au moins pour les biens du père, l'aggrave. Le plus ou moins d'importance du bénéfice réel retiré par les enfants de la démission semble par conséquent avoir été sans influence sur la perception. De même qu'ils doivent payer les droits pour une mutation de nue-propriété qui ne fait guère que les mettre à l'abri des créanciers futurs du démettant, de même ils sont tenus vis-à-vis du fisc pour une démission de biens grevée de dettes qui absorbent presque tout l'actif. Par suite d'une démission ils ne pouvaient d'ailleurs être tenus au delà de l'émolument qu'ils avaient recueilli. L'impôt étant une charge personnelle du démissionnaire, celui-ci pouvait ainsi non-seulement ne rien recueillir de la démission, mais même avoir à déboursier de ses deniers une somme assez importante. Rien ne nous fait savoir si l'impôt avancé par le démissionnaire peut être

prélevé par lui sur les biens démis avant toute distribution aux créanciers. La démission n'étant d'ailleurs pas obligatoire pour les enfants, c'était à ceux-ci de voir s'ils devaient l'accepter. L'exigence du fisc se comprend, si elle ne se justifie pas complètement, par cette considération que, du moment où les enfants consentent à recevoir les biens démis à leur profit, c'est que le bénéfice qu'ils en retirent est encore supérieur aux charges qui leur sont imposées et qu'ils reçoivent une libéralité véritable.

Les faits postérieurs à la démission et provenant de la volonté des parties n'étaient pas opposables aux fermiers, et ne pouvaient empêcher la perception des droits devenus exigibles dès le moment où le contrat avait atteint sa perfection, quoique non encore acquittés, lorsque ces faits s'étaient produits. Il en était ainsi, par exemple, pour une renonciation à la démission primitivement acceptée, pour sa non-exécution, pour sa nullité provenant de l'omission d'une formalité ou de l'inobservation d'une clause que les parties auraient dû accomplir, ou même pour la confirmation et, en quelque sorte, l'absorption de la démission dans un nouvel acte qui rendait inutile le titre primitif des démissionnaires. On a déjà vu une application de cela en ce qui concerne les contrats de mariage. Le droit de centième denier est dû sur une démission, quoiqu'elle soit rappelée et maintenue dans un contrat postérieur, car ce contrat n'a pas causé la mutation ; il s'est borné à la maintenir. D'autres applications se retrouvent dans plusieurs décisions qui montrent qu'en fait, sinon en droit, la Ferme des domaines se montrait souvent plus rigoureuse que l'administration actuelle de l'enregistrement, celle-ci renonçant d'ordinaire à poursuivre le recouvrement de droits dont la cause a

disparu antérieurement à la perception effective, ainsi qu'on le verra ci-après.

La renonciation à une démission primitivement acceptée, quoique non suivie d'exécution en fait, ne peut non plus arrêter l'action du Trésor, déclare le Conseil dans deux décisions du 22 août 1750 et du 13 février 1751.

On ne peut, pour éviter l'impôt, objecter qu'il y a nullité pour défaut d'insinuation, car la nullité concerne exclusivement les tiers qui peuvent seuls l'invoquer; elle ne peut leur être opposée et, en tous cas, le fermier n'a pas à se faire juge de la validité des actes qu'on lui présente, alors surtout que cette validité dépend d'une formalité postérieure à l'acte, dont il n'a pas à surveiller l'accomplissement et qui peut n'être remplie que postérieurement à la perception des droits.

Pour éviter des droits, les parties ont cherché souvent à dissimuler une démission de biens sous l'apparence d'un autre acte, et, au moins en cas de réserve d'usufruit, la forme du partage d'ascendants ordinaire était tout indiquée pour atteindre ce but, puisque, tandis que le centième denier, le contrôle et l'insinuation étaient immédiatement exigibles sur la démission, le partage échappait au premier de ces droits, et le paiement des deux autres était retardé jusqu'au décès. Mais les fermiers n'étaient nullement obligés d'accepter, sans vérification, les déclarations des parties; ils avaient le droit, comme l'administration de l'enregistrement aujourd'hui, d'examiner si les termes de l'acte qu'on leur soumettait n'étaient pas contraires à sa qualification, et s'il y avait lieu de percevoir l'impôt correspondant à la nature réelle du contrat intervenu.

Lorsque la démission contenait des meubles et des

immeubles, le droit d'insinuation était dû en outre du droit de centième denier, et sur des bases différentes. La réserve d'usufruit, ou la révocabilité de la donation qui ne dessaisissait définitivement le donateur qu'à sa mort, n'empêchaient pas plus la perception du droit d'insinuation qu'elles ne mettaient obstacle, comme on l'a vu, à celle du centième denier. Si cependant la démission faite sous seings privés était purement mobilière, puisque les mutations de meubles n'étaient pas par elles-mêmes sujettes à l'impôt, comme les mutations immobilières, le droit d'insinuation ne devait apparemment être exigible que lorsqu'on faisait un usage public de l'acte, sous réserve cependant de la question controversée de savoir si l'insinuation était ou non nécessaire à la validité de la démission. Quant au droit lui-même d'insinuation, il dépendait non seulement des biens transmis, mais encore du nombre des démissionnaires, plusieurs droits fixes pouvant être ainsi cumulativement perçus (Arrêt du Conseil du 5 août 1756.)

Droit de contrôle. — Le contrôle se percevait en même temps que le centième denier et l'insinuation, mais à part et en sus, sans aucune imputation d'une taxe sur l'autre. Tantôt fixe, tantôt variable, il se rapprochait plus du droit d'insinuation que de celui de centième denier. Dans l'espèce, il dépendait en général de la valeur des biens transmis, sans qu'il y eût cependant une véritable proportionnalité entre cette valeur et lui. Si la valeur n'était pas déterminée exactement par la démission, mais qu'on pût, par exemple, en connaître le maximum, on percevait le droit fixé pour ce maximum.

Usufruit et droits viagers. — Le droit entier de cen-

tième denier n'était dû que pour les démissions en pleine propriété. Une mutation en usufruit ne donnait ouverture qu'à un demi-droit. Sans doute cela devait se présenter assez rarement dans les démissions de biens, l'ascendant s'y réservant le plus ordinairement l'usufruit, loin d'en faire le seul objet de sa libéralité. En outre, en cas d'une stipulation de cette nature, le fermier devait y voir le plus souvent une tentative de fraude, et admettre qu'il y avait eu en réalité transmission de la nue-propriété simultanément avec l'usufruit, si les termes de l'acte ne démontraient pas clairement que le donateur entendait sérieusement conserver cette nue-propriété. Cependant, dans un cas au moins, le doute n'était pas possible ; c'était lorsque l'ascendant se démettait au profit de ses enfants de l'usufruit de biens dont ces derniers avaient acquis antérieurement la nue-propriété.

Quoique les démissions fussent le plus souvent faites moyennant une pension au profit du démettant, ou une somme que les démissionnaires devaient lui payer, cette pension ou cette somme ne représentaient pas le prix de la démission, qui était en principe un acte de libéralité. Néanmoins, comme il arrivait souvent que les avantages réservés au démettant représentaient à peu près les biens dont il faisait l'abandon, en étaient l'équivalent, les fermiers se basaient sur ces avantages pour percevoir le droit de centième denier, alors surtout que l'acte ne contenait pas les éléments nécessaires pour la détermination de la valeur des biens transmis. Il n'y avait, bien entendu, aucune contravention si, en fait, ces avantages étaient inférieurs aux biens dont le démettant avait fait l'abandon, ce dernier n'ayant jamais affirmé leur équivalence en valeur. Si les fermiers n'avaient perçu que sur le montant en capital des pensions ou sommes réservées, alors que ce

montant n'atteignait pas la valeur des biens donnés, il n'y avait lieu qu'à un supplément de droits, sans amende ni triples droits pour contravention. Aussi, pour éviter des erreurs, quand la démission n'indiquait pas par elle-même la valeur des immeubles auxquels elle s'appliquait, les fermiers avaient-ils le droit d'exiger des parties une déclaration estimative leur permettant d'asseoir la perception du droit de centième denier, et la fausseté de cette déclaration, si elle était ensuite reconnue, constituait une contravention punissable.

Droit d'insinuation. — A l'égard du droit d'insinuation, il n'était dû que sur les valeurs *mobilières*, comme le dit expressément l'édit du 20 mars 1708. Mais il y avait pluralité de droits, chacun des démissionnaires étant tenu d'un droit à proportion de ce qui lui revenait dans les valeurs démisées, aux termes d'un édit du mois d'octobre 1705. Comme, quoique la question fût fort controversée, l'opinion dominante tendait à reconnaître que la démission n'était pas soumise aux formalités des donations, et, par suite, n'était pas nulle faute d'insinuation (arrêt du Parlement de Paris du 9 août 1683), l'insinuation n'était exigée que dans un but purement fiscal, et pouvait être opérée dans tous les bureaux indistinctement. On percevait alors ensemble les deux droits de contrôle et d'insinuation lors de la présentation de l'acte au bureau. Quant au centième denier, il devait en principe être perçu, comme on l'a vu, au bureau de la situation des biens, que le bureau fût ou non établi auprès d'un siège royal. Mais les règles précédentes pour l'insinuation ne s'appliquaient qu'à une démission proprement dite, c'est-à-dire faite suivant l'ordre des successions. Autrement, si l'ordre successoral était interverti, il n'y avait plus qu'une dona-

tion ordinaire, irrévocable, sujette à insinuation comme condition de sa validité, et l'insinuation devait avoir lieu dans certains bureaux seulement.

Démission avec partage — La démission pouvait être accompagnée d'un partage ou d'une licitation entre les démissionnaires, ressemblant ainsi presque complètement au partage d'ascendants de notre droit. Il importe de remarquer que, nonobstant le partage, il n'était dû qu'un seul droit de contrôle sur les deux dispositions (démission et partage) que contenait l'acte, « parce que, dit Bosquet, « elles sont pour le même fait, que les démissionnaires « sont parties nécessaires dans la première comme dans « la seconde, que les biens ne leur sont abandonnés que « pour les partager, et qu'il n'y a point de tierce partie « intervenante, ni d'*intérêts différents* dans l'une ou dans « l'autre disposition ». Quoique, dans l'ancien droit, le partage ne fût nullement nécessaire pour la validité de la démission, on ne l'en considérait pas moins, lorsqu'il intervenait, comme une condition de la donation faite aux enfants, comme une disposition dépendante échappant à tout droit particulier. Cette conséquence tirée des principes de la perception des droits domaniaux, principes qu'a reproduits la loi du 22 frimaire an VII, doit *à fortiori* être admise pour le droit d'enregistrement, aujourd'hui que le partage d'ascendants comprend simultanément et une donation et un partage, et participe de la nature de ces deux contrats. C'est effectivement ce qui a été consacré par la jurisprudence et la doctrine.

Une autre conséquence de la dépendance réciproque des deux dispositions contenues dans une démission avec partage, se retrouve à propos des soultes, mais ici une loi spéciale est venue effacer la ressemblance entre l'ancien

et le nouveau droit, et écarter expressément cette conséquence trouvée dangereuse pour les intérêts du Trésor, mais qu'à l'origine, et en l'absence de textes, on n'avait pas hésité à admettre. S'il y avait dans un partage des *soultes*, ou qu'on licitât les biens donnés que conservait en nature l'un des démissionnaires, à charge de payer *en argent* la part revenant aux autres dans ces biens, on ne percevait cependant le droit de centième denier que sur la démission et non sur les soultes ou prix de licitation, pourvu cependant que tout fut constaté dans un *même acte*, « parce que, dit encore Bosquet, il n'y a effective-
« ment qu'une mutation, puisque les démissionnaires
« n'ont point eu de propriété intermédiaire, et que le
« dessaisissement du démettant est censé fait en faveur
« de ceux qui restent propriétaires par l'événement du
« partage ou de la licitation ». Les soultes sont donc considérées comme des charges de la démission, et échappent ainsi à l'impôt ; ce ne sont point les prix de mutations qui auraient été consenties par les démissionnaires entre eux. Il en est de même des prix de licitation, bien que la licitation soit postérieure au moins de quelques instants à la démission. Le démettant est censé ne se dessaisir définitivement que lorsque le résultat de la licitation lui aura fait connaître le plus haut prix pour lequel certains des démissionnaires sont disposés à accepter les biens qu'il leur donne, et c'est au profit de celui qui a fait l'offre la plus élevée qu'il se démet, les autres ne recueillant rien directement de lui, et ne pouvant par conséquent rien transmettre à leurs colicitants.

Droits seigneuriaux sur les démissions de biens. —
Après avoir ainsi passé en revue les règles qui régissaient la perception des droits domaniaux, en ce qui con-

cerne les démissions, il ne me reste plus qu'à dire quelques mots au sujet des droits seigneuriaux pour compléter ce qui a déjà été dit à cet égard. La doctrine et la jurisprudence se sont montrées beaucoup moins favorables à ces droits qu'à ceux que percevait le Trésor royal, et ont restreint autant que possible leur application. Le principe en cette matière était que la démission, étant une délation d'hérédité anticipée, donne ouverture aux mêmes droits seigneuriaux qui seraient dûs par la mort naturelle du démettant. Ce principe, quoique conforme en apparence à celui qui régissait le centième denier, n'en était pas moins, en fait, beaucoup plus avantageux pour les contribuables. En effet, les droits seigneuriaux n'existant pas dans les successions en ligne directe sauf certaines exceptions, les démissions de biens faites par les ascendants, les seules dont j'aie à m'occuper, échappaient à ces droits dans presque tous les cas, alors que le centième denier les atteignait par une disposition spéciale et exceptionnelle. De plus, même si les droits seigneuriaux étaient exigibles, on se montrait moins rigoureux que pour les droits domaniaux. Dans les coutumes qui regardaient la démission comme révocable, et c'était la majorité, on admettait que la démission n'avait pas un effet suffisamment définitif pour autoriser la perception immédiate des droits. Ceux-ci étaient tenus en suspens jusqu'à ce que le décès vint confirmer la mutation, en la faisant remonter d'ailleurs jusqu'au jour de la démission, jour qui servait à déterminer les droits qu'il y avait lieu de percevoir.

La démission étant irrévocable en Bretagne, on n'aurait pas dû lui appliquer la règle précédente. Néanmoins il n'en était pas ainsi, car l'article 537 de la Coutume, par une disposition de faveur, porte que, nonobstant les

démissions, le Seigneur ne jouira des rachats et autres profits que par le décès des démettants. L'irrévocabilité n'était cependant pas sans produire quelques effets, et cela dans tous les cas, même lorsqu'il s'agissait d'une démission faite en ligne directe, échappant par elle-même aux droits féodaux. Si le démissionnaire avait été reçu à la foi et hommage par le Seigneur purement et simplement, et lui avait communiqué son titre de possession sans qu'aucune réserve eût été faite, il était considéré comme le véritable titulaire du fief, en quelque sorte comme un homme vivant et mourant, et le rachat était ouvert par la mort du démissionnaire et non plus par celle du démettant, même si le premier précédait. On a déjà vu une solution semblable pour les droits domaniaux.

Donation en avancement d'hoirie. — Avant de passer au partage d'ascendants proprement dit, je ferai remarquer que la démission de biens ne devait pas être confondue avec la donation en avancement d'hoirie. Tandis que la démission est un *titre universel*, une ouverture de succession par anticipation, l'avancement d'hoirie n'est qu'une *simple portion* de ses biens donnée par un ascendant à son descendant, par exemple, pour faciliter son établissement. Mais la distinction entre les deux contrats importante au point de vue du droit civil, particulièrement pour les rapports, avait beaucoup moins d'intérêt au regard de la loi fiscale qui assimilait presque entièrement les donations et les démissions.

Je signalerai seulement comme différences, qu'en général, il n'était pas dû de droits seigneuriaux pour les immeubles donnés en avancement d'hoirie, et que les donations devaient être insinuées dans certains bureaux, alors que les démissions pouvaient l'être partout.

Partage d'ascendants. — Ce partage pouvait être opéré de deux façons, par acte entre vifs ou par testament. J'examinerai d'abord le partage fait par acte entre vifs.

Partage entre vifs. — En principe, un pareil partage, quelle que fût sa forme, ne devait avoir d'effet qu'à la mort de l'ascendant. C'était une véritable disposition à cause de mort. Aucune mutation n'ayant lieu immédiatement, la conséquence était que les droits ne pouvaient être perçus de suite. C'est en effet ce qui fut décidé non seulement pour le centième denier, mais encore pour le contrôle et le droit d'insinuation, par analogie avec la règle suivie pour les testaments. Cette analogie était d'ailleurs générale, ce qui me permettra de renvoyer pour la majeure partie des dispositions concernant le partage entre vifs à ce que je dirai plus loin des testaments. On ne pouvait, avant le décès, faire usage du partage, ni en délivrer des extraits ou expéditions sans au préalable le faire contrôler. Cela pouvait être nécessaire dans certains cas, par exemple, quand, outre le partage, l'acte contenait certaines dispositions devant avoir un effet immédiat. En outre les droits étaient dus de suite, si le partage, au lieu d'être une disposition à cause de mort, était exécuté et accepté par les enfants du vivant de l'ascendant, car on ne pouvait plus le considérer comme un acte testamentaire, mais comme une véritable démission.

L'article 17 de l'ordonnance de 1735 a indiqué les formalités qui dorénavant devaient être remplies pour les partages anticipés entre les enfants; il fallait que le partage fut fait par acte notarié en présence de deux notaires, ou d'un notaire et de deux témoins, ou par acte olographe. Mais il ne semble pas que cette ordonnance,

qui n'a pas toujours été exécutée, surtout dans le Midi, ait entendu réserver aux seuls actes faits en conformité de ses prescriptions le bénéfice d'être exempts du paiement immédiat des droits. Ce bénéfice dépendait du point de savoir si l'acte devait ou non avoir dans l'intention des parties un effet immédiat, plutôt que de la forme adoptée, même si celle-ci était irrégulière.

Droits exigibles. — Une fois le décès survenu, le partage devait être contrôlé et insinué. Il échappait en général au centième denier, car il se bornait à effectuer la distribution de biens dépendant d'une succession en ligne directe. Il en était de même pour les droits seigneuriaux. Quant au contrôle, il se percevait sur la valeur entière des biens, y compris les rapports et sans distraction des charges, d'après l'article 69 du tarif du 29 septembre 1722. On suit encore aujourd'hui un pareil mode de liquidation pour le droit gradué, sauf que l'on ne perçoit plus que sur l'actif net, toutes charges et dettes déduites.

Quand il y avait une soulte immobilière, on considérait qu'elle représentait le prix d'une cession faite par un copartageant à un autre, et le droit de centième denier était exigible sur cette soulte, comme sur un prix de vente ordinaire. On allait même plus loin dans certaines coutumes, celles de Tours, de Nivernais et de Lorris, et on autorisait la perception sur cette soulte du droit seigneurial de lods et ventes. Il en était de même quand le partage donnait à une ligne les biens d'une autre. Mais cela était exceptionnel ; la majorité des coutumes préféraient ne pas rester fidèles à la logique et repoussaient l'exigibilité des droits féodaux. L'existence d'une soulte immobilière, impliquant une mutation, obligeait en

outre, s'il s'agissait d'un acte sous seings privés, à le présenter au Bureau du contrôle dans les trois mois du décès sous peine d'amende, tandis qu'en l'absence de toute soule l'acte de partage sous seings privés n'était assujetti au contrôle qu'au moment où l'on voulait s'en servir en justice ou dans un acte authentique.

Partage testamentaire. — La dernière forme du partage d'ascendants est celle du partage testamentaire. L'ascendant pour partager ses biens entre ses enfants pouvait employer la voie d'un testament. Ce testament était en principe soumis aux mêmes règles que les testaments ordinaires, règles que je vais examiner en signalant à l'occasion les particularités spéciales au partage testamentaire.

Les formes du testament étaient plus nombreuses qu'aujourd'hui ; elles se trouvent réglementées par l'ordonnance du mois d'août 1735. Le testament pouvait être olographe ou authentique, mystique et nuncupatif lorsqu'il avait lieu en présence de sept témoins et d'un notaire. Les personnes ayant qualité pour recevoir un testament authentique étaient, suivant les cas et avec des distinctions qu'il est inutile de rappeler, les notaires, les officiers de justice, les greffiers, les officiers municipaux, les curés et les prêtres. L'article 77 de l'ordonnance autorisait exceptionnellement le testament mutuel entre conjoints lorsqu'il était destiné à opérer le partage des biens des ascendants entre leurs enfants. C'était là une faculté précieuse dont la suppression prononcée par le Code civil a été souvent regrettée.

Pour la perception des droits, le principe était que les testaments n'étaient assujettis au contrôle et à l'insinuation qu'après le décès du testateur. Le fermier devait

même refuser de soumettre à la formalité le testament du vivant de son auteur à moins d'une réquisition expresse. C'est ce que décident l'édit de mars 1695, l'article 5 de la Déclaration du 20 avril 1694, et trois arrêts du Conseil du 20 juillet 1694, des 2 août et 13 décembre 1695 qui dispensent formellement les testaments de l'obligation du contrôle dans la quinzaine de leur date. Après le décès les droits sont exigibles et il est interdit de faire des expéditions, ou de se servir en justice des testaments avant de les avoir fait contrôler sous peine de 200 livres d'amende et de nullité (art. 7 de la Déclaration royale du 19 mars 1696). Le droit de contrôle devait être payé en principe dans les quinze jours du décès, ou de l'ouverture du testament selon les cas.

Pour faciliter la perception les testaments devaient être autant que possible déposés à une seule catégorie d'officiers ministériels, aux notaires. Cela était obligatoire non seulement pour les testaments olographes, mais encore pour ceux qui avaient été reçus par des personnes dont ce n'était pas la fonction habituelle. Ainsi l'article 2 de la Déclaration du 14 juillet 1699 ordonne aux curés et vicaires de déposer immédiatement après le décès les testaments qu'ils avaient dressés chez un notaire, avec obligation pour celui-ci de les faire contrôler dans la quinzaine du dépôt.

En plus du contrôle le droit d'insinuation était du sur les legs contenus dans les testaments, et était à la charge personnelle des légataires aux termes de l'article 3 de l'édit de décembre 1703. Si les légataires tardaient à remplir les formalités d'insinuation sur leurs legs, les héritiers doivent faire insinuer ces legs par extraits et faire l'avance des droits qu'ils réclameront ensuite aux légataires. Des mesures sévères furent prises pour

assurer l'insinuation des legs. Il fut interdit de délivrer ceux-ci, ni même de les mentionner dans des actes avant le paiement du droit. Les sentences des magistrats ordonnant la délivrance d'un legs non insinué étaient nulles et devaient par suite être cassées. (Arrêt du Conseil du 17 juin 1704). On peut remarquer d'ailleurs, contrairement à ce qui a généralement lieu dans notre droit, que la loi fiscale réagissait et se répercutait sur la loi civile, et que le non-paiement des droits auxquels étaient soumis un acte ou une formalité en entraînaient fréquemment la nullité. C'est ainsi que la sanction du défaut de contrôle et d'insinuation, dans les cas où ces formalités étaient obligatoires, était tout d'abord la nullité soit de l'acte lui-même, soit de ce qui avait été fait avant le paiement des droits, le tout indépendamment d'amendes diverses et de droits supplémentaires. Cette sanction était sérieuse sans doute, mais dépassait le but ; aussi n'a-t-elle pas été conservée de nos jours, quoique l'on puisse en retrouver des exemples pour les actes d'huissier et les effets de commerce. Pour revenir aux testaments, je citerai l'article 11 de l'ordonnance royale du 19 juillet 1704 qui interdit de payer aucun legs avant de l'avoir fait insinuer sous peine de double droit et ordonne aux notaires et aux parties, avant de faire l'inventaire d'une succession, de présenter les testaments qui auraient pu être faits aux greffes des insinuations, qui en tireront, s'il y a lieu, des copies et les viseront gratis. Les notaires devront mentionner expressément le visa dans leurs actes sous peine d'être personnellement responsables du triple droit. On ne pouvait ainsi faire usage d'un testament ou même l'énoncer dans un acte public sans préalablement acquitter les droits de contrôle et d'insinuation.

Liquidation des droits. — A l'égard du tarif, il fut d'abord fixé pour le contrôle d'après les sommes léguées (art. 168 et 170 du tarif de 1708). Mais bien souvent un testament contenait autre chose que des legs de sommes ; aucune valeur n'y était déterminée pour certains biens légués, et le legs pouvait consister en avantages dont il était difficile de préciser immédiatement l'importance. Quand le testateur n'avait rien dit, il était presque impossible aux héritiers ou aux légataires de donner aux fermiers une évaluation sérieuse, pouvant servir de base à la perception dans un délai aussi court que celui qui était imparti par les règlements pour le contrôle. On n'aurait pu être fixé à cet égard qu'après une liquidation souvent longue et laborieuse. Aussi, devant les difficultés qui s'élevèrent de toutes parts, fut-on obligé de modifier la base de la perception en substituant aux valeurs la qualité du testateur, conformément à un principe assez fréquemment adopté dans l'ancien droit. Ce principe, qui peut aujourd'hui paraître choquant, mais qui était en conformité avec la distinction de la société par classes qui existait autrefois, consistait à faire varier l'impôt progressivement selon la qualité des personnes parties aux actes, et était fondé sur cette présomption que la fortune des parties croissait avec leur rang social. Il convient de remarquer qu'une pareille présomption ne manquait pas absolument d'exactitude surtout sous l'ancien régime, et était d'autant plus admissible que les limites de variation des droits étaient, en réalité, fort rapprochées. Trois arrêts successifs du Conseil du 26 février 1718, du 17 janvier 1719 et du 29 octobre 1720 étendirent à tout le royaume la nouvelle règle de perception tant pour le contrôle que pour le droit d'insinuation des testaments et actes de dernière volonté. Ces derniers mots semblent pouvoir s'appliquer aux partages d'as-

cependants faits par acte non testamentaire, mais n'ayant effet qu'au décès. La règle définitive à ce sujet se trouve contenue dans l'article 89 du tarif du 29 septembre 1722. Peu importe donc désormais le fond du testament. La qualité de son auteur suffit pour déterminer le droit applicable, et aucune hésitation n'est plus possible. Un seul droit de contrôle en principe est exigible sur un testament. Si on présente à la formalité plusieurs doubles d'un même testament, il n'est toujours dû qu'un seul droit sur l'un des doubles, les autres n'étant considérés que comme des copies assujetties au simple droit de dix sols.

Droit d'insinuation. — A l'égard du droit d'insinuation la règle est en partie différente. Ce droit est dû par les légataires personnellement ou par les héritiers institués. Il n'atteint d'ailleurs que les institutions d'héritier, et les legs universels ou particuliers en faveur de collatéraux ou d'étrangers, ainsi que les substitutions même en ligne directe. Les partages d'ascendants devaient donc échapper la plupart du temps à ce droit, à moins qu'ils ne fussent compliqués d'une substitution, ce qui était assez fréquent dans l'ancien droit. A la différence du contrôle, le droit d'insinuation est divisible et peut être acquitté pour chaque legs séparément; cela est naturel puisque c'est une charge personnelle du légataire; le Code civil contient d'ailleurs une prescription semblable pour l'enregistrement, prescription assez inutile depuis la loi du 22 frimaire an VII, et dont l'origine remonte sans doute aux règles de l'ancien droit d'insinuation. Ce droit se perçoit au même bureau que le contrôle, c'est-à-dire en général au bureau du domicile du testateur; cependant, s'il y a substitution, et ce cas est particulièrement intéressant

pour le sujet qui m'occupe, la formalité doit avoir lieu au bureau de la situation des lieux, par une disposition semblable à celle qui régit les insinuations des donations immobilières (édit d'octobre 1705.)

Pour le tarif il dépendait originairement de la valeur des legs comme le contrôle; mais cette base dut être abandonnée, au moins partiellement, pour les mêmes motifs que ceux qui l'avaient fait écarter pour le contrôle. On ne changea rien au droit qui grevait les legs particuliers et qui resta proportionnel à ces legs. La perception était en général facile, car le testament devait contenir une désignation de l'objet du legs suffisante pour le faire connaître et, par suite, en fixer la valeur. Le plus souvent, d'ailleurs, les legs particuliers sont des legs de sommes ou de rentes, et la base de perception est toute trouvée. Si, cependant, le testament ne contenait aucune évaluation directe ou indirecte, on devait percevoir un droit fixe de 50 livres. Mais c'est à l'égard des legs universels ou des institutions d'héritiers qu'on appliqua au droit d'insinuation les règles du contrôle et qu'on fixa le tarif d'après la qualité du testateur. On évitait ainsi les fraudes qui n'auraient pas manqué de se produire dans l'estimation des successions, dit un arrêt déjà cité du 26 février 1718 qui, procédant par voie réglementaire, comme nombre d'arrêts de Cours souveraines de cette époque, dispose déjà que les droits seront perçus d'après la qualité du testateur; cet arrêt a servi de base au tarif régulier de 1722. Il y avait encore une autre différence que le tarif entre les legs universels et particuliers. Si ces derniers étaient individuellement soumis à la formalité et donnaient ouverture à des droits multiples, il n'y avait, au contraire, lieu, ainsi que le décide un arrêt du Conseil du 19 juillet 1752, que de percevoir un seul droit d'insi-

uation pour tous les héritiers institués et les légataires universels. Le droit était exigible, même si le testament n'ajoutait rien aux avantages conférés par la loi aux héritiers qui s'y trouvaient rappelés. On n'y échappait qu'en renonçant formellement au testament. S'il y avait une substitution, il y avait, en outre, lieu à un droit spécial à raison de cette disposition.

Le contrôle et le droit d'insinuation étaient exigibles, comme on l'a vu, à partir du décès. Pour les testaments sujets à la formalité de l'ouverture par l'autorité judiciaire, il était rigoureux de faire courir le délai du décès, alors que leur contenu ou leur existence même étaient souvent inconnus. Aussi un arrêt du 22 mai 1722 ordonna-t-il de faire contrôler et, par voie de conséquence, de faire insinuer les testaments dans la quinzaine de leur ouverture, et cela à peine de nullité pour les actes passés en conséquence, et de 500 livres d'amende (200 livres pour défaut de contrôle et 300 livres pour défaut d'insinuation). Les intéressés et le Notaire lui-même, suivant les distinctions qui seront ci-après indiquées, étaient tenus de faire ouvrir les testaments dans le délai le plus rapproché possible, et de permettre ainsi la perception. Leur négligence ou leur mauvaise volonté les exposaient à des amendes et à des droits supplémentaires considérables.

Il est important de remarquer que les droits étaient dus sur le testament en tant que testament et se trouvaient fixés définitivement par le décès. La mutation produite était une mutation testamentaire, elle prenait naissance au décès et ne pouvait changer de caractère par l'effet de la volonté des parties. Elle ne pouvait que disparaître rétroactivement si l'on renonçait au testament, mais tant que cette renonciation n'avait pas eu lieu, elle était opposable à tous et pouvait être invoquée par tous. Un arrêt

du Conseil du 10 juillet 1754 décide qu'un testament olographe contenant partage devait être contrôlé d'après la qualité du testateur, conformément à l'article 89 du tarif de 1722, et non pas d'après la valeur des biens partagés. Les fermiers avaient émis cette dernière prétention sous prétexte que, depuis le décès, les enfants avaient *souscrit* le testament. Cette décision est fort intéressante, car elle tranche une question qui a été encore controversée de nos jours, et elle peut servir à confirmer la jurisprudence qui a triomphé sur ce point. Les enfants dans le partage testamentaire tiennent leurs droits du partage lui-même qui est obligatoire pour eux. Ils n'ont pas besoin de l'accepter pour que l'impôt soit exigible, et inversement, leur acceptation est sans effet sur la perception, car elle n'est pas de nature à modifier leurs droits, soit en créant entre eux des mutations réciproques, soit en consolidant la mutation entre le testateur et eux, mutation qui était restée imparfaite jusque-là. Le testament se suffit pleinement à lui-même.

Il reste à signaler une particularité, comme l'ancien régime en présente souvent. Les testaments *reçus* par les Notaires de Paris étaient exempts de contrôle, mais ce privilège était entendu d'une façon étroite, et il ne s'étendait pas aux testaments qui étaient seulement *déposés* chez les Notaires au Châtelet de Paris. C'est ce qui résulte de trois décisions du 30 septembre 1723, du 12 août 1725 et du 4 décembre 1725.

Le contrôle était également exigible sur les testaments reçus ou faits à l'étranger, dès qu'on voulait en faire usage en France. Un principe semblable se retrouve dans le droit actuel et est général pour tous les actes.

Personnes responsables des droits.— Après avoir exa-

miné les règles d'exigibilité des droits, je vais sommairement indiquer quelles personnes étaient responsables de leur paiement. Ils incombent évidemment aux parties intéressées, c'est-à-dire aux héritiers ou légataires ; mais le fisc pouvait avoir action contre d'autres personnes. Parmi ces personnes se rencontrent au premier rang les Notaires, qui étaient les dépositaires principaux des testaments. Cependant leur responsabilité n'est pas absolue, contrairement à ce qui avait lieu généralement pour les autres actes de leur ministère et à ce qui a encore lieu aujourd'hui. Pour les testaments reçus par les Notaires ou déposés chez eux avant le décès du testateur, ils ne sont pas tenus de faire l'avance des droits, ce qui se comprend, car ils ne sont pas libres de refuser leur ministère à ceux qui le leur demandent, et le testament pouvait, par suite de causes diverses impossibles à prévoir, devenir sans effet avant le décès du testateur : d'autre part, les testaments olographes sont souvent clos, ce qui ne permet pas au Notaire de prévoir d'avance et de se faire consigner la somme nécessaire au paiement des droits. La seule obligation du Notaire consiste à fournir au fermier des domaines un extrait du testament afin qu'il poursuive le recouvrement des droits, et encore seulement si le testament n'est pas clos, car le Notaire n'a pas autorité pour l'ouvrir. De même le greffier à qui le juge dépose un testament n'est pas responsable des droits, car il s'agit ici d'un dépôt forcé, que le greffier ne peut refuser. Au contraire, quand le décès a eu lieu, le Notaire est personnellement tenu de faire contrôler les testaments que l'on vient lui déposer, car rien ne le force à accepter ce dépôt, et il n'a dû l'accepter qu'après s'être rendu compte des droits à payer et les avoir réclamés des parties.

Ce sont les parties intéressées à l'exécution du testament, et qui en profitent, qui sont tenues de le faire contrôler et insinuer sous peine d'amendes assez élevées, comme on l'a vu. Bosquet (*Dictionnaire des Domaines*. V^o Testament) cite de nombreux arrêts qui ont condamné les parties à payer les droits sur les testaments dont ils avaient fait usage, et qui servaient de base à leurs droits. Souvent des héritiers exécutaient volontairement un testament sans le mentionner pour se dispenser de payer les droits. Mais si plus tard des difficultés imprévues les obligeaient à montrer ce testament, ils s'exposaient à des peines sévères. On a même été plus loin. Alors qu'aucun testament n'était invoqué ni cité, mais que des termes d'un acte postérieur on pouvait induire l'existence d'un testament non contrôlé, un arrêt du Conseil a condamné des héritiers à représenter ce testament présumé afin de le soumettre à la formalité, et, pour le cas de non-représentation, les a condamnés à payer les droits dûs à raison des dispositions probables que devait contenir ce testament.

Les droits de contrôle et d'insinuation étaient considérés comme une charge de la succession en même temps que de l'héritier ou du légataire. A ce titre, ils devaient être acquittés par l'exécuteur testamentaire, mais celui-ci n'était pas tenu d'en faire l'avance ; il devait seulement employer à leur paiement les premiers deniers qu'il recevrait. Pour échapper au droit, il fallait que l'héritier institué et le légataire renonçassent au bénéfice du testament. Peu importait d'ailleurs que, malgré cette renonciation, ils aient conservé des droits sur la succession comme héritiers naturels. Le légataire particulier ne devait que le droit d'insinuation de son legs, mais comme il ne pouvait invoquer le testament qu'après l'avoir fait

contrôler, il se trouvait parfois obligé de faire l'avance du droit de contrôle, si les héritiers ou légataires universels tardaient à le payer. L'insinuation différait du droit de centième denier, auquel le légataire était en général assujetti, quand le legs portait sur un immeuble, en ce qu'il était dû sur le testament. Si on ne se sert pas du testament, rien n'est dû. Au contraire, le centième denier est indépendant du testament. C'est ce que Bosquet appelle un droit *réel*; il est dû *re*, c'est-à-dire à raison de la mutation produite, et dès qu'elle a eu lieu. Si donc un légataire, qui se trouve en même temps héritier, entre en possession des biens de la succession, il se trouve, par le fait même de cette prise de possession, redevable du droit de centième denier, mais non de celui d'insinuation, s'il n'a pas fait usage du testament, et si son seul titre d'héritier suffit à expliquer la mutation.

De même que le légataire particulier pouvait avoir à avancer le droit de contrôle sur le testament dont il veut user, de même le légataire universel, l'héritier institué ou l'exécuteur testamentaire peuvent avoir à payer de suite les droits d'insinuation afférents aux legs particuliers, car l'insinuation a lieu au moment du contrôle; mais le paiement n'a lieu que sauf répétition contre le légataire particulier, si aucune clause du testament n'a exonéré ce dernier des charges de son legs. L'héritier institué, qui renoncerait pour s'en tenir à ses droits ab intestat, n'en serait pas moins tenu comme successeur universel d'avancer les droits sur les legs qui continuent à le grever malgré sa renonciation. C'est là une disposition fort rigoureuse, que notre droit actuel n'a pas conservée, et que le Code civil a condamnée, au moins implicitement, en permettant le paiement séparé des droits dûs sur les legs, qu'ils soient universels ou particuliers. Il est

important de la mentionner cependant, car elle était applicable même au cas, fréquent dans les partages d'ascendants, dans lequel l'héritier était personnellement exempt des droits d'insinuation, si des legs particuliers avaient été mis à sa charge.

Comme on l'a vu, les Notaires étaient tenus de donner communication aux fermiers des testaments qu'ils avaient dans leurs études afin de permettre le recouvrement des droits. Mais cette règle comportait des exceptions. Ce n'était qu'à partir du décès et de la connaissance qu'en pouvait avoir le Notaire qu'une obligation pouvait peser sur celui-ci. Les fermiers étaient d'ailleurs renseignés sur les testaments que le Notaire pouvait avoir reçus, mais non, il est vrai, sur ceux qui lui étaient simplement déposés. En effet, l'article 173 de l'ordonnance du mois d'août 1539 prescrivait d'inscrire sur le répertoire tenu par les Notaires les testaments qu'ils avaient rédigés, et ce répertoire était à la disposition du fermier qui pouvait ainsi connaître les testaments existants et en réclamer les droits, dès qu'un décès parvenait à sa connaissance. Quand le testament déposé chez le Notaire était clos, celui-ci n'était pas tenu de l'ouvrir lui-même pour en donner un extrait au fermier, comme il le devait, s'il s'agissait d'un testament ouvert ou authentique. Seulement, il s'éleva de vives controverses pour savoir si le Notaire n'était pas tenu de provoquer l'ouverture du testament par l'autorité compétente dans la quinzaine de la notification du décès qui lui avait été faite. Certains arrêts ont admis la négative, mais d'autres, peut-être plus nombreux, ont adopté l'affirmative énergiquement soutenue par les fermiers ; il ne semble pas d'ailleurs qu'une solution définitive ait prévalu sur ce point avant la Révolution.

Tels étaient les principaux droits qui grevaient dans l'ancien régime le partage d'ascendants sous ses deux formes, démission de biens et partage proprement dit. La démission de biens seule donnait ouverture presque toujours aux trois taxes de centième denier, de contrôle et d'insinuation, qui étaient les plus importantes ; au contraire, le partage, pourvu qu'il n'ait effet qu'au décès, n'était ordinairement assujéti qu'au seul droit de contrôle, les mutations par décès en ligne directe échappant, sauf quelques exceptions, au centième denier et au droit d'insinuation. Les règles de perception manquaient d'ailleurs de précision. Résultant d'ordonnances et d'édits fort nombreux, modifiées à différentes reprises et dans un intervalle de temps très court, surtout de 1703 à 1722, leur application était encore rendue plus difficile par la diversité des coutumes, ainsi que par le peu d'uniformité de la jurisprudence, sans compter qu'en vertu du pouvoir réglementaire qu'ils s'étaient arrogé les Parlements modifiaient souvent plus ou moins arbitrairement les lois qu'ils étaient chargés de faire respecter. Aussi les plaintes contre les droits domaniaux étaient-elles fort vives, ce qui, en même temps que leur ressemblance avec les droits féodaux, explique l'empressement que mit l'Assemblée nationale à en voter la suppression.

DROIT INTERMÉDIAIRE

La période que l'on peut appeler période du droit intermédiaire ne s'étend, en matière d'enregistrement, que

depuis 1790 jusqu'à la loi du 22 frimaire an VII. Elle est ainsi un peu plus courte que pour le droit civil, la loi fondamentale qui régit encore l'impôt de l'enregistrement ayant été promulguée sous le Directoire cinq ans avant le Code civil.

La législation civile subit diverses modifications qui eurent une certaine influence sur le partage d'ascendants. La plus importante à noter est celle qui résulte de la loi du 17 nivôse an II, exigeant l'égalité absolue entre les héritiers. Cela supprimait toute possibilité d'avantager un enfant au détriment des autres, la quotité disponible, fixée à un dixième quand il existait des héritiers directs, ne pouvant être attribuée à l'un de ceux-ci. Mais cela ne supprima pas le droit pour les ascendants de faire une démission de biens ou de partager leur patrimoine entre leurs enfants par acte entre vifs ou testamentaire, quoi qu'on en ait douté. Les formes à suivre étaient les formes anciennes, qui ne furent modifiées que par le Code civil. L'ascendant était seulement tenu d'observer l'égalité entre ses enfants, en tenant compte des rapports qu'ils pouvaient devoir. Mais cette obligation n'était pas nouvelle et existait déjà dans les coutumes d'égalité. Toujours est-il que deux arrêts des Requêtes ont reconnu la parfaite validité, le premier d'une démission de biens (11 juin 1835), et le second d'un partage d'ascendants (11 décembre 1814), actes tous deux postérieurs à la loi du 17 nivôse an II. Les ouvrages de doctrine contemporains du droit intermédiaire, notamment ceux sur l'enregistrement, ne paraissent même pas douter de la régularité de pareils actes.

A l'égard des partages anciens et des droits que l'ascendant avait pu exercer en vertu des anciennes coutumes et que lui refusait la loi nouvelle, particulièrement en ce

qui concernait la part de chaque enfant dans sa succession et la possibilité d'exclure du partage, moyennant des dots ou autres avantages, certains descendants, il s'éleva un grand nombre de questions transitoires qui furent réglées en partie par des lois spéciales. Ainsi l'article 1^{er} de la loi du 18 pluviôse an V maintient en ligne directe les donations et autres avantages antérieurs à la loi du 7 mars 1793, et annule ceux qui sont postérieurs. La loi du 7 mars 1793 interdisait les préciputs en ligne directe. En ligne collatérale, on maintient les avantages faits à des successibles antérieurs à la loi du 5 brumaire an II, et on annule ceux qui sont postérieurs. Si l'avantage est fait à un non-successible, il est maintenu s'il est antérieur à la même loi, et réductible à la nouvelle quotité disponible du dixième ou du sixième, s'il lui est postérieur. (*Dictionnaire des Droits d'enregistrement*. Paris 12^o, an VII, V^o Donation).

Quels droits furent appliqués pendant la période révolutionnaire aux démissions et aux partages d'ascendants? Pour les droits seigneuriaux d'abord, la loi du 15 mars 1790 les déclare rachetables. La loi des 18 juin-6 juillet 1792 les supprima sans indemnité, et le décret du 17 juillet 1793 les anéantit complètement.

Les droits domaniaux furent abolis par l'article 1^{er} de la loi des 5-19 décembre 1790, qui les remplaça par un droit uniforme appelé droit d'enregistrement. Les actes furent divisés en trois classes pour la perception.

La première classe comprenait les actes se rapportant à des objets ayant une valeur déterminée et dont il résulte immédiatement transmission, attribution, obligation ou libération. Le droit était proportionnel et variait de 5 sous à 4 livres pour 100 livres de valeur de l'objet de l'acte. Les donations étaient comprises dans cette classe. Comme

il n'y avait pas de prix fixé, on exigeait une déclaration estimative, à défaut de laquelle on percevait sur 15.000 livres, sauf restitution si une déclaration était faite dans l'année. Les successions immobilières étaient soumises à un droit proportionnel, même en ligne directe. La loi était muette sur la non-déduction des dettes. Il semblait donc qu'elle ne voulait rien changer sur ce point à l'ancienne jurisprudence ; c'est ce que confirma le décret du 14 thermidor an IV (1^{er} août 1796), dont l'article 2 n'autorisait la distraction du revenu que des rentes dont on justifierait par des actes enregistrés. Le droit sur les démissions de biens devait sans doute être le même que sur les successions, conformément à l'ancienne législation, car la démission était toujours une succession anticipée et comprenait l'universalité des biens du démettant. Aucun droit spécial de partage ne paraissait exigible si le partage était fait dans l'acte même de démission. Il n'en était pas de même si les démissionnaires partageaient eux-mêmes les biens démis, et leur acte rentrait alors dans la deuxième classe prévue par la loi de 1790. Les démissions faites par contrat de mariage, quoique le contrat comme tel fût soumis à un droit spécial, ne devaient pas échapper à la taxe de transmission, comme cela avait lieu dans l'ancien droit, car il n'y avait aucune raison de montrer pour elles plus de faveur que pour les successions proprement dites, que la nouvelle loi atteignait, au moins quand elles étaient immobilières. S'il s'agissait d'un partage d'ascendants fait par acte testamentaire ou non, indépendamment du droit dû sur l'acte qui appartenait à la seconde classe, la mutation opérée par le décès, et seulement réglée par le partage, donnait ouverture au droit de succession ordinaire.

La deuxième classe, innovation peu heureuse de la loi

de 1790, due évidemment au souvenir de l'ancien droit, comprenait les actes dont les objets n'étaient pas évalués, soit parce que cette évaluation dépendait de circonstances éventuelles, soit parce qu'elle ne devait pas être exigée. Les plus importants parmi ces actes étaient les testaments, les contrats, les dons mutuels, etc., actes déclaratifs aussi bien qu'attributifs. La taxe à percevoir était du quinzième du revenu du contractant ou du testateur. Ce revenu était fixé par présomption d'après la cote d'habitation dans l'impôt mobilier, impôt qui comprenait trois éléments : une taxe personnelle, une taxe somptuaire progressive, et une taxe mobilière assise sur la cote d'habitation. Quand la contribution mobilière fut supprimée, la loi du 14 messidor an IV décida que le revenu serait constaté par la déclaration des parties, ce qui n'offrait guère de garanties. Plusieurs lois cherchèrent à remédier à la dépréciation des assignats, mais n'y réussirent que très imparfaitement, comme celle du 9 octobre 1791, celle du 9 pluviôse an IV qui augmenta les droits par suite de la dépréciation des assignats, celle du 14 thermidor an IV, qui prescrivit de n'admettre les assignats en paiement des impôts que pour le trentième de leur valeur nominale. Les partages d'ascendants, quand ils étaient faits par testament ou par un acte destiné à ne produire d'effet qu'au décès, rentraient dans la catégorie des actes de la seconde classe. Les descendants entre lesquels le père avait partagé sa succession se trouvaient avoir à payer des droits plus élevés que ceux qui recueillaient cette succession *ab intestat*, car ils devaient acquitter les droits assez lourds du testament, qui ne leur conférait cependant aucun droit nouveau, mais se bornait à une simple réglementation de droits préexistants. Rien ne justifiait une taxe proportionnelle sur des actes simple-

ment déclaratifs, surtout quand cette taxe avait une certaine importance.

La troisième classe d'actes comprenait les actes de pure formalité ou de précaution et est sans intérêt pour les partages d'ascendants.

Les sanctions de la loi du 19 décembre 1790 consistaient dans une amende du double droit en cas de non-paiement pour les actes soumis à la formalité dans un délai déterminé.

Les officiers publics étaient, en outre, personnellement tenus de faire enregistrer leurs actes sous peine d'une amende et de mesures disciplinaires, mais la nullité avait été supprimée, sauf pour les exploits d'huissier. Ces sanctions étaient insuffisantes; on ne pouvait, par exemple, rechercher les mutations secrètes; aussi, se vit-on obligé de prendre de nouvelles dispositions pour éviter en partie les fraudes.

La loi du 9 vendémiaire an VI, par exemple, autorisa les expertises pour contrôler les déclarations de valeur des immeubles, édicta des présomptions de mutations immobilières basées sur les baux, les rôles des contributions directes, etc.

L'insinuation avait été maintenue par les lois nouvelles, qui ne l'exigeaient que pour la validité des donations, d'après les règles fixées par les coutumes et les ordonnances. Elle n'existait plus comme formalité donnant ouverture à un droit purement fiscal, puisque l'enregistrement avait à lui seul remplacé les anciennes taxes. Les partages d'ascendants n'étaient pas soumis à l'insinuation. Il en était de même en principe des démissions de biens d'après la doctrine qui avait fini par prévaloir. Néanmoins, l'insinuation pouvait exceptionnellement être exigée, et il en était notamment ainsi quand la pension

réservée par l'ascendant ou les charges qu'il imposait pour prix de sa libéralité étaient de beaucoup supérieures à la valeur des biens démis. Dans ce cas, c'était, en effet, le démissionnaire qui faisait une véritable libéralité au démettant, et la démission devait être assimilée aux donations ordinaires. C'est ce qui a été formellement reconnu par une décision du 13 pluviôse an VII, rendue, il est vrai, sous l'empire d'une nouvelle loi d'enregistrement, mais qui ne faisait cependant que consacrer un principe ancien. Cette décision est importante, car elle tranche une question qui s'est reproduite pour le partage d'ascendants, tel qu'il a été organisé par le Code civil et que l'on retrouvera plus loin. Les anciennes juridictions et les anciens bureaux du contrôle n'existant plus, l'insinuation, quand elle était nécessaire, point qui était réglé par la législation antérieure, avait désormais lieu au bureau de l'enregistrement établi près le tribunal civil tant du domicile du donateur que de la situation des immeubles donnés.

Quand l'insinuation se donnait au bureau où la donation était enregistrée, il n'y avait pas de droit particulier. Si elle avait lieu ailleurs, on percevait un droit fixe. C'est ce qui résulte de l'article 24 de la loi des 6 et 7 septembre 1790, l'article 1^{er} de la loi du 19 décembre 1790 sur l'enregistrement, l'article 8 de la loi du 28 janvier 1791. L'insinuation était obligatoire du vivant des donateurs, et dans un délai de quatre mois en principe, pour produire tout son effet. Si le délai était expiré, outre l'amende due en cas de mutation immobilière non déclarée, il fallait insinuer au bureau du domicile *actuel* du donateur, ce qui se comprend par l'absence de rétroactivité. Les troubles de l'époque, la guerre civile et la guerre étrangère, ainsi que les changements brusques de

législation n'ayant pas toujours permis d'observer les délais, plusieurs lois ont accordé des délais supplémentaires et quelques-unes ont pu se trouver applicables aux partages ou aux démissions de biens, comme, par exemple, la loi du 24 germinal an III et la loi du 25 thermidor an IV.

La législation nouvelle, tout en réalisant certains progrès sur celle de l'ancien régime, comme l'uniformité et la simplification des taxes, n'en était pas moins fort défectueuse. La tarification de la seconde classe d'actes laissait surtout à désirer en ce qu'elle frappait de droits proportionnels élevés et arbitraires des actes n'emportant pas mutation, et les partages d'ascendants, en particulier, rentraient dans cette catégorie pour nombre d'entre eux. Aussi, ne tarda-t-on pas à se sentir obligé de modifier encore la loi. On se livra dans ce but à des études qui durèrent près d'un an et aboutirent à la loi du 22 frimaire an VII, laquelle est toujours en vigueur quant aux principes généraux de la perception et forme le véritable Code de l'enregistrement.

DROIT ACTUEL

La loi nouvelle a commencé par s'appliquer aux partages d'ascendants tels que l'ancien droit les avait réglés et organisés, c'est-à-dire aux démissions de biens et aux partages proprement dits, testamentaires ou non. Il y a par suite, lieu de distinguer une période transitoire qui s'étend depuis la loi de frimaire jusqu'à la promulgation

des dispositions du Code Civil sur le partage d'ascendants, période assez courte et dont je ne dirai que quelques mots.

Loi du 22 frimaire an VII. — Il est remarquable que la loi du 22 frimaire an VII, soit par oubli, soit peut-être en prévision d'un changement de législation, ne mentionne ni le partage d'ascendants ni la démission de biens. Mais cela n'empêcha pas d'appliquer à ces actes les principes généraux de la perception en les assimilant aux actes avec lesquels ils offraient de l'analogie. Les traditions des droits domaniaux suffisaient amplement pour cela, et l'hésitation, si toutefois il y en eut, ne dura pas longtemps. Une décision que j'ai déjà citée du 13 pluviôse an VII se basant tant sur le caractère de libéralité des démissions de biens, dont les charges sont ordinairement inférieures à la valeur des biens démis, que sur leur effet immédiat, les assimila aux donations. On percevait donc le droit proportionnel de donation d'après la valeur des biens fixée par la déclaration des parties pour les meubles et par le revenu multiplié par vingt pour les immeubles sans tenir aucun compte des pension, réserve d'usufruit ou charges. Les droits étaient en ligne directe de 1, 25 % pour les meubles et de 2, 50 % pour les immeubles, et on les réduisait de moitié en faveur des démissions faites par contrat de mariage aux futurs époux. Aucun droit spécial n'était d'ailleurs exigible si le démettant assignait dans l'acte même de démission la part de chacun.

Pour les partages d'ascendants, comme la mutation ne se produisait qu'au décès, ce n'était qu'à ce moment qu'étaient dus et le droit d'acte et le droit de mutation. Ce dernier droit n'était autre que le droit ordinaire de

succession. La loi de frimaire avait, d'une part, augmenté le droit pour les successions directes, et, d'autre part, taxé pour la première fois les successions mobilières. Le tarif fut fixé à 0, 25 % pour les meubles et 1 % pour les immeubles en ligne directe. La non-déduction des dettes était absolue.

Le droit d'acte sur les testaments et les partages était un droit fixe de 3 francs et devait être perçu lors de l'enregistrement, c'est-à-dire dans les trois mois du décès. Si dans son testament le *de cujus* avait légué à un de ses descendants, pour le remplir de tout ou partie de ses droits, une somme déterminée, on considérait qu'il y avait là la constatation d'une créance au profit du légataire, et que le droit proportionnel était immédiatement exigible. C'était le droit de succession mobilière. Cette perception n'a pas été maintenue dans la suite ; on a considéré qu'il n'y avait aucune raison de procéder pour un legs de somme autrement que pour un legs d'objet particulier, que la mutation résultait toujours du décès, et que le droit exigible, étant un droit de mutation par décès, devait être payé non lors de l'enregistrement du testament, mais seulement dans les six mois du décès du testateur sur déclaration du légataire.

Les guerres de la Révolution ayant amené de nombreuses annexions de territoires, il s'éleva des difficultés sur les droits applicables aux testaments de ceux qui étaient décédés depuis l'annexion, mais avaient testé auparavant. Une solution du 2 pluviôse an VII décida qu'il y avait lieu d'appliquer la loi du 22 frimaire an VII, ce qui était parfaitement régulier, car la mutation avait lieu par le décès, c'est-à-dire postérieurement à l'incorporation au territoire français et par conséquent

devait être régie par la loi française. La date du testament est tout à fait indifférente.

Il est encore intéressant de mentionner une décision du Ministre des Finances du 6 nivose an VII, qui n'a plus d'application aujourd'hui, mais qui était motivée par les lois spéciales faites contre les émigrés. Les ascendants d'émigrés pouvaient désirer faire le partage de leurs biens entre leurs enfants restés en France. La République bénéficiait alors de la portion de ceux qui avaient émigré, dont les biens étaient déclarés confisqués par les lois successives du 28 mars 1793, du 9 floréal an III et du 20 floréal an IV. La déclaration précitée décida que les partages d'ascendants d'émigrés faits avec la Nation n'étaient pas susceptibles de droits et devaient en conséquence être enregistrés gratis lorsqu'il n'y intervenait pas d'autres personnes, et qu'ils avaient seulement pour objet de fixer la part revenant à la République.

La loi du 22 frimaire an VII contenait, je l'ai dit, une lacune en ce qui concernait les partages d'ascendants et les démissions de biens. La jurisprudence et la doctrine avaient, il est vrai, suppléé à son silence. On jugea cependant nécessaire de confirmer législativement la règle qu'on avait admise et l'interprétation donnée aux textes. La loi du 27 ventôse an IX, qui compléta sur certains points la loi de frimaire, la compléta aussi pour le partage d'ascendants. Son article 10 décide qu'un pareil partage devra être assimilé aux donations entre vifs. Ce n'était pas là une doctrine nouvelle, mais la continuation de ce qui avait prévalu jusqu'alors. Par partage d'ascendants, il fallait entendre les démissions de biens qui seules avaient un effet immédiat, car il n'y avait aucune raison pour assimiler aux donations les

partages testamentaires ou par acte entre vifs, qui ne transféraient la propriété qu'au décès. Le texte de la loi ne mentionne d'ailleurs que les démissions de biens. Quand la partie du Code civil qui contient les dispositions sur les partages fut promulguée au mois de floréal an XI, la démission de biens étant supprimée au moins sous ce nom, ce fut aux partages d'ascendants entre vifs que s'appliqua la loi du 27 ventôse an IX.

Promulgation du Code civil. — Il me reste à examiner quelles ont été, après la promulgation du Code civil, les règles et les principes de perception applicables au nouveau partage d'ascendants qui venait d'être créé, et qui le régissent encore aujourd'hui. L'intérêt de cette étude vient des modifications qui ont été apportées après coup à la législation fiscale, ont séparé le partage des donations, auxquelles la loi du 27 ventôse an IX l'avait en quelque sorte incorporé, et en ont fait une institution particulière et distincte au point de vue de la loi de l'impôt, comme il en constituait déjà une pour la loi civile. Cette étude se divisera tout naturellement en deux parties distinctes consacrées chacune à l'un des deux modes de partage que le Code a mis à la disposition des ascendants. La première partie comprendra le partage fait par acte entre vifs avec l'examen successif des questions que soulèvent et de l'influence qu'ont sur la perception la forme de l'acte, les personnes entre lesquelles il a lieu, les biens qu'il distribue, les conditions qui l'affectent, ses effets, sa nullité ou sa rescision, et se terminera par l'exposé des règles qui régissent le droit de transcription et le droit de soulte. La seconde partie sera relative au partage testamentaire qui sera étudié au double point de vue des perceptions appli-

cables, d'une part, à ses dispositions générales, de l'autre aux soultes qu'il peut stipuler.

PARTAGE ENTRE VIFS

Période antérieure à la loi de 1824. — Le Code déclare que les partages d'ascendants faits par actes entre vifs seront soumis aux formalités des donations. En présence tant de cette disposition que de celle de la loi du 27 ventôse an IX, il y avait simplement lieu pour l'enregistrement d'appliquer les règles ordinaires des donations entre vifs.

Le tarif que j'ai précédemment indiqué variait selon qu'il s'agissait de meubles ou d'immeubles, et se trouvait réduit pour les donations faites par contrat de mariage. Le droit de transcription pour les immeubles abandonnés par l'ascendant n'était pas immédiatement perçu sur la présentation du partage à l'enregistrement. On le percevait seulement lors de l'accomplissement de la formalité. Il n'était dû que lors de l'accomplissement de la formalité. Mais la loi du 28 avril 1816 dans un but purement fiscal ne tarda pas à modifier cette règle et à exiger la perception immédiate du droit de transcription fixé à 1,50 % et réuni au droit d'enregistrement. La formalité à remplir au bureau des hypothèques ne donnait plus lieu qu'à un droit fixe de un franc aux termes de l'article 61 de la loi du 28 avril 1816. Quant à la liquidation du droit proportionnel, elle se faisait et se fait encore d'après le revenu des biens immeubles mul-

tiplié, par vingt, et d'après la déclaration estimative que la régie peut exiger des parties pour les biens meubles. La détermination de la valeur sur laquelle était assise le droit était par conséquent la même que pour les donations ordinaires et les successions. On ne se préoccupait également que de l'actif brut transmis aux descendants, et on n'autorisait aucune déduction pour les dettes, réserves de pension et autres charges de la libéralité, conformément à la règle rigoureuse posée par la loi de frimaire. Enfin, par application du principe établi par la loi sur la création du Tiers Consolidé, que la rente serait affranchie désormais de toute retenue présente ou future, on exemptait de l'impôt les rentes sur l'Etat comprises dans les partages d'ascendants entre vifs ou testamentaires.

Loi du 16 juin 1824. — Si la législation primitive avait été maintenue sans modifications, l'étude des partages d'ascendants se serait confondue avec celle des donations ordinaires, le partage n'y étant qu'un simple accident sans influence sur la perception. Mais par un revirement assez rare dans nos annales financières, on s'aperçut que l'on avait eu tort d'assimiler les partages d'ascendants aux donations ordinaires, alors que leur nature juridique, la tradition, le souvenir notamment des démissions de biens, les rapprochaient bien plutôt des successions ordinaires. Une réforme était souhaitable et on profita pour l'opérer d'une époque où la situation du Trésor était assez prospère et où des dégrèvements étaient possibles. Ce résultat a été opéré par la loi du 16 juin 1824, à laquelle se rattachent d'ailleurs plusieurs autres diminutions de taxes en matière d'enregistrement destinées à atténuer l'effet de nombreuses augmentations

s'élevant à près de 26 millions et établies par la loi du 28 avril 1816 dans le but d'acquitter les charges extraordinaires imposées alors à l'État.

L'article 3 de la loi de 1824 est ainsi conçu : « Le droit d'enregistrement fixé par les paragraphes 4 et 6 de l'article 69 de la loi du 12 décembre 1798 (22 frimaire, an VII), pour les donations entre vifs en ligne directe, à 1 fr. 25 cent. par 100 francs sur les biens meubles, est réduit, en ce qui concerne les donations portant partage, faites par actes entre vifs, conformément aux art. 1075 et 1076, Code civil, par les père et mère ou autres ascendants, entre leurs enfants et descendants, au droit de 25 cent. par 100 francs sur les biens meubles et de 1 franc par 100 francs sur les immeubles, ainsi qu'il est réglé pour les successions en ligne directe. Le droit de 1 1/2 pour cent, ajouté au droit d'enregistrement par l'article 54 de la loi du 28 avril 1816, ne sera perçu pour lesdites donations que lorsque la transcription en sera requise au bureau des hypothèques. »

Loi du 18 mai 1850. — La législation ne changea plus, en ce qui concerne les partages d'ascendants, qu'en 1850, alors que des besoins d'argent obligèrent à procéder à des remaniements de taxes. L'article 10 de la loi du 18 mai 1850 assujettit aux mêmes droits que pour les immeubles, c'est-à-dire à 1 pour cent en ligne directe, les transmissions de biens meubles à titre gratuit entre vifs, ainsi que celles qui s'effectuent par décès; ce qui, en vertu de la loi de 1824, était applicable aux partages d'ascendants. Enfin l'article 5 de la loi a été l'objet de la part de M. Gouin, dans son rapport à l'Assemblée nationale sur un projet présenté par M. Passy, ministre des finances, des observations suivantes, qui en expli-

quent suffisamment le but : « L'article 5 de la loi du 16 juin 1824 assimile aux successions en ligne directe les donations contenant partage et faites conformément aux art. 1075 et 1076, Code civil. Ces actes sont, avec raison, considérés comme l'ouverture d'une succession, et sous ce rapport, l'article 1^{er} du projet de loi ne propose aucun changement ; il s'agit seulement de réparer une omission de la loi du 16 juin 1824, en rendant entière l'assimilation qu'elle établit, c'est-à-dire en soumettant les partages contenus dans les démissions de biens aux mêmes règles de perception, concernant les soultes, imposées au partage d'une succession. L'identité de ces deux cas une fois admise, il est juste effectivement qu'elle existe dans la perception de tous les droits qui la frappent. » Cet article 1^{er} devenu l'article 5 de la loi définitive est ainsi conçu : « Conformément à l'article 3 de la loi du 16 juin 1824, les donations portant partage faites par actes entre vifs par les père et mère ou autres ascendants ne donneront ouverture qu'aux droits établis pour les successions en ligne directe ; mais les règles de perception concernant les soultes de partage leur seront applicables, ainsi qu'aux partages testamentaires également autorisés par les articles 1075 et 1076 du Code civil. »

La loi du 23 août 1871, dans ses articles 3 et 4, se borna à généraliser l'application des droits de mutation à titre gratuit entre vifs ou par décès, déjà partiellement établie par la loi de 1850, à toutes les valeurs étrangères sans exception appartenant à un Français ou à un étranger domicilié en France, et dans son article 12, elle porta au quart de la somme dissimulée l'amende due en cas de dissimulation de soulte dans un partage.

Loi du 28 février 1872. — La loi du 28 février 1872 est

plus importante, car c'est elle qui a introduit dans l'impôt de l'enregistrement le droit gradué analogue sous certains rapports à certains droits de contrôle et d'insinuation dont la quotité variait avec le montant des valeurs mentionnés dans les actes :

« La loi tient compte, dit M. Mathieu Bodet, dans son rapport à l'Assemblée, pour la liquidation de la taxe d'enregistrement, de l'importance des valeurs que les actes contiennent. Au lieu de faire croître cette taxe proportionnellement à l'importance de ces valeurs, elle établit de grandes divisions et elle applique à chaque division une taxe fixe ; mais à chacune de ces divisions correspond une augmentation du tarif : de telle sorte que le droit est à la fois fixe parce qu'il reste invariable, unique dans chaque division, et proportionnel et gradué parce que chaque division consacre un accroissement modéré de tarif..... »

« *Partages.* — Les partages de biens meubles et immeubles *entre copropriétaires, cohéritiers et coassociés* ne donnent ouverture qu'au droit fixe de 5 francs. Les actes ne sont pas considérés en droit comme translatifs de propriété : ils ne sont que déclaratifs. Cependant c'est le partage qui a pour effet de faire cesser l'indivision dans chaque parcelle de la chose commune, et de créer, sur chaque lot, la propriété personnelle de chaque copartageant. Il est donc tout naturel que le droit d'enregistrement varie dans une certaine limite, à raison de l'importance de l'actif net partagé. »

L'Assemblée accepta le projet qui lui était soumis et qui devint la loi du 28 février 1872, dont le premier article renferme les dispositions suivantes relatives au partage :

Article premier. — La quotité du droit fixe d'enregistrement auquel sont assujettis par la loi du 22 frimaire

an VII et par les lois subséquentes les actes ci-après, sera déterminée ainsi qu'il suit, savoir.....

5° Les partages de biens meubles et immeubles entre copropriétaires, cohéritiers et coassociés à quelque titre que ce soit, par le montant de l'actif net partagé;..... »
L'article 2 fixe le tarif à raison de 5 francs jusqu'à 5,000 francs, 10 francs de 5,000 francs à 10,000 francs, 20 francs de 20,000 en 20,000 francs, etc.

Loi du 21 juin 1875. — La dernière loi ayant modifié les principes de perception applicables aux partages d'ascendants est celle du 21 juin 1875 dont l'article premier est ainsi conçu :

« Le droit sur la transcription des actes de donation contenant partage, faits entre vifs, conformément aux art. 1075 et 1076 du Code civil, est réduit à 50 centimes par 100 francs.

Ce droit sera perçu lors de l'enregistrement de l'acte de donation, mais la formalité de la transcription au bureau des hypothèques ne donnera plus lieu qu'au droit fixe déterminé par l'article 61 de la loi du 28 avril 1816 (1 franc).

Dans le délai d'une année, à compter de la promulgation de la présente loi, les donations contenant partage, faites dans les conditions ci-dessus, avant cette promulgation, seront admises à la transcription moyennant le paiement de 50 centimes par 100 francs. »

L'article 2 a en même temps changé pour les immeubles ruraux la base adoptée par l'article 15 de la loi de frimaire pour déterminer la valeur imposable dans les mutations à titre gratuit entre vifs ou par décès. Désormais au lieu de multiplier le revenu par 20 et 10, on le multipliera par 25 et 12 1/2.

L'article 6 de la loi du 26 mars 1878 a prorogé d'un an à partir de la promulgation de cette loi le délai fixé par la loi de 1875 pour la transcription au droit réduit des anciens partages d'ascendants, qui n'avaient pas encore été soumis à cette formalité.

Nature du partage d'ascendants. — L'exposé qui précède des dispositions législatives, qui règlent la perception du droit d'enregistrement sur les partages d'ascendants, montre l'intime liaison qui existe à cet égard entre la loi civile et la loi fiscale. Un tarif de faveur ayant été établi pour les actes que le Code qualifie de partages d'ascendants, il en résulte que c'est dans le Code qu'il faudra chercher à quels caractères se reconnaît le partage, et que la solution à donner en matière d'enregistrement se tire de celle qui est adoptée en matière civile. L'étude des dispositions du Code civil sur les partages devrait donc précéder celle de la loi fiscale pour l'éclairer et lui servir de base. Je la supposerai connue et ne ferai que rappeler ici très brièvement les résultats auxquels sont arrivés la doctrine et la jurisprudence en ce qui concerne la nature même de l'acte qui fait le sujet de ce travail. Il est, en effet, de toute évidence que la détermination de cette nature est fort importante pour reconnaître si tel ou tel acte doit être considéré comme un partage d'ascendant, et que, suivant le système adopté, on arrivera à des conclusions très différentes tant à ce point de vue qu'à celui des conséquences de l'acte et des effets qu'il doit produire. Il est même d'autant plus intéressant d'examiner les systèmes qui se sont produits à ce sujet que, après avoir un moment marché de concert, les deux droits civil et fiscal paraissent suivre maintenant des voies séparées et se rattacher plus ou moins inconsciemment à des théories différentes.

Le premier système enseigne que le partage entre vifs constitue, relativement aux biens qui s'y trouvent compris, une ouverture anticipée de la succession de l'ascendant; l'élément héréditaire prédominant, les enfants co-partagés sont à considérer, même du vivant de l'ascendant, non pas comme des donataires, mais comme des héritiers, et peuvent par conséquent exercer de suite les mêmes actions que l'ouverture de la succession, par la mort de l'ascendant, leur permettrait d'exercer. Ce système, pendant longtemps, a été celui de la jurisprudence, qui l'a consacré par un arrêt de Cassation du 4 février 1845 (S. 45, I, 305). Mais il a l'inconvénient d'être en opposition avec la règle : *Nulla est viventis hereditas*, et avec l'article 1078 Civ. qui ne permet l'action en nullité pour omission d'un enfant qu'au décès. Aussi est-il abandonné aujourd'hui depuis un second arrêt de la Cour de Cassation du 13 février 1860 (S. 60, I, 552).

D'après M. Genty, dans son *Traité des partages d'ascendants*, le partage comprendrait deux éléments distincts : une donation, ou élément actuel, et un partage ou élément éventuel. Les enfants ne doivent être, durant la vie de l'ascendant, considérés que comme des donataires, et par suite ne peuvent exercer aucune action en qualité de copartagés. Cela a l'inconvénient de reculer jusqu'après le décès la garantie entre les copartageants, et cette conséquence suffit pour faire repousser ce système.

Enfin, un troisième système, susceptible d'ailleurs de nuances, et que M. Demolombe (III, 2, 121) subdivise en deux, voit dans le partage un acte complexe *sui generis*, et ne cherche pas à l'assimiler d'une manière absolue soit aux donations, soit aux partages. Il admet que le

partage coexiste avec la donation dès l'origine et forme avec elle un tout indivisible ; il a, disent Aubry et Rau, à la fois pour objet de donner et d'établir des rapports de copartagés entre les enfants. Il y a ainsi dans l'acte un caractère définitif qui le sépare du simple avancement d'hoirie. Si l'ascendant donateur laisse plus tard une succession, on la partagera, sans tenir compte des biens donnés à titre de partage d'ascendants, tandis que l'on y comprendra au contraire ceux qui ont été donnés en avancement d'hoirie, et dont le titre d'acquisition a ainsi quelque chose d'éventuel et de provisoire. Ce système est certainement celui qui s'adapte le mieux aux dispositions du Code Civil. Suivi par la majorité des auteurs, il l'est également aujourd'hui par les tribunaux.

Au point de vue de l'enregistrement, je ferai remarquer que, si, en apparence, les raisons de se décider pour tel ou tel système sont les mêmes qu'en matière civile, il n'en est peut-être pas tout-à-fait de même en allant au fond des choses. Aussi, tandis que le troisième système acquerrait peu à peu une autorité prédominante, l'enregistrement est resté fidèle au premier. Je dis : est resté fidèle ; il convient en effet de ne pas oublier que c'est ce système qui était à peu près universellement adopté lorsque fut promulguée la loi de 1824. Pour justifier cette loi, on a précisément invoqué ce fait qu'en réalité, lorsqu'ils faisaient un partage anticipé, les ascendants avaient pour but de faire jouir, dès maintenant, leurs enfants de biens qu'ils n'auraient eu sans cela qu'à leur mort. L'idée de partage, le souci d'éviter des querelles entre les enfants devenus héritiers de leurs parents, sont des considérations assurément importantes, mais en réalité accessoires. Quand les parents ne se sentent plus la force de cultiver leurs biens, de les mettre en valeur,

qu'ils sont trop âgés pour travailler, ils les remettent à leurs enfants, à charge pour ceux-ci de pourvoir à leur subsistance. C'est ainsi que l'on peut s'expliquer ce fait que les partages anticipés ne se rencontrent guère que dans les campagnes, chez les cultivateurs. Les habitants des villes, dont la fortune est plus facile à gérer, recourent rarement à ce procédé, bien que parfois ils possèdent des immeubles, des maisons de rapport dont il eût été peut-être utile d'éviter la licitation. La démission de biens, véritable prototype du partage anticipé, ne comprenait pas nécessairement un partage des biens démis. Son souvenir était encore vivant en 1824; et il a dû inspirer, et le législateur, et ceux qui étaient chargés d'interpréter ses décisions. Le taux même du droit fixé à cette époque indique qu'on était dominé par cette idée de l'assimilation de la donation-partage à une succession. L'idée d'un avantage fait au successible, d'un avancement de droits dont il profite immédiatement, qui justifie la différence entre le tarif des donations entre vifs et celui des successions, disparaît presque complètement ici, d'autant plus que souvent les charges, imposées aux enfants en faveur de leurs parents, compensent largement le bénéfice qu'ils en reçoivent. C'est plutôt un service rendu aux parents par les enfants qu'une donation faite à ceux-ci. M. Naquet fait bien voir le motif déterminant de la faveur faite par la loi de 1824 aux partages anticipés (II, p. 417 et s. *Traité des Droits d'enregistrement*, 1882). « La première disposition de la loi (assimilation aux successions) était équitable, car les partages d'ascendants présentent une très grande utilité et doivent, pour ce motif, être traités avec faveur. Ces actes ont, en effet, pour conséquence directe de faire passer les biens dans des mains plus jeunes, et de les soumettre, par suite, du

moins en général, à une administration plus intelligente, qui augmente leur force productive; ils permettent également une distribution logique du patrimoine du donateur, conforme aux aptitudes de chacun des enfants, distribution au moyen de laquelle on évitera souvent les divisions qui s'introduisent dans la famille à la mort de l'auteur commun ». Ces derniers mots montrent que le partage, tout en ayant son importance depuis les réformes faites en matière successorale par le Code civil, n'est que secondaire, et qu'au point de vue de l'enregistrement, c'est le caractère de succession anticipée qui prédomine.

Si un doute avait pu se produire à ce sujet, si un revirement, dans le but de donner plus d'importance au partage, à la donation, avait pu être tenté à la suite des controverses qui ont amené le changement de jurisprudence opéré par l'arrêt de Cassation du 13 février 1860, la loi de 1850 serait venue maintenir la doctrine antérieure. Elle assimile encore davantage, si c'est possible, les partages anticipés aux partages de succession, ne permet plus de leur attribuer le caractère de donation, en ce qui concerne les conséquences à en déduire en matière fiscale. Elle tarife expressément les soultes comme s'il s'agissait d'un partage après décès.

Quoi d'étonnant alors à ce que, pour l'enregistrement, le partage anticipé soit resté avant tout ce qu'il était sous l'ancien régime, ce qu'il était en droit civil depuis le Code, ce que l'a implicitement fait la loi de 1824, confirmée par celle de 1850, c'est-à-dire une dévolution anticipée de la succession du donateur? Comme on le verra ci-après, c'est surtout sous cet aspect que l'administration de l'enregistrement et les tribunaux l'ont considéré, s'écartant ainsi de la jurisprudence civile. Qu'on n'objecte pas à cela

que la loi du 16 juin 1824, et surtout celle de 1875, qui a réglementé la transcription des partages d'ascendants en rendant le droit exigible immédiatement et en le réunissant au droit d'enregistrement, se sont inspirées du caractère d'acte entre vifs du partage ; ce n'est là qu'une question de forme, et non de fond. Le Code, assujettissant les partages aux formalités des donations, les soumettait par là-même à la nécessité de la transcription, et les lois précitées n'ont pas fait autre chose que consacrer cette nécessité. Elles n'ont introduit dans notre droit aucun principe nouveau, mais se sont bornées à régler l'application d'un ancien principe. On peut d'autant moins chercher à en tirer un argument contraire au système que je défends que, dans l'ancien droit, il y avait controverse sur le point de savoir si l'insinuation, origine première de la transcription, était obligatoire pour les démissions de biens, et cependant, pour celle-ci, le caractère de délation anticipée de la succession apparaissait avec bien plus d'évidence que dans le partage actuel. Sans doute la négative paraît avoir prévalu, mais elle était encore si peu admise sans contestation en 1789, que Merlin, dans ses Questions de droit, a cru devoir spécialement examiner et discuter les arguments présentés en sa faveur ou contre elle.

Il ne faudrait pas conclure de ce qui précède qu'il n'y a lieu de tenir absolument aucun compte, en matière d'enregistrement, du caractère de partage de la donation-partage. Ce serait aller trop loin ; la perception du droit de soulte ne se comprend d'ailleurs pas s'il n'y a pas partage. La Régie a tiré même d'autres conséquences de ce caractère, comme on le verra lorsque je traiterai des personnes entre lesquelles doit avoir lieu le partage anticipé. Le point important est seulement celui-ci,

savoir : que, pour déterminer si un acte doit bénéficier des réductions de tarif accordées par les lois de 1824 et de 1875, on devra s'attacher de préférence au caractère d'abandon de biens fait par anticipation à des successibles, et non au caractère de partage. Le premier seul est décisif, tandis que le second n'est qu'accessoire.

LIQUIDATION DES DROITS. DROIT GRADUÉ

Droit proportionnel de mutation. — Le droit établi par la loi de 1824 sur les partages d'ascendants, fixé uniformément à un pour cent depuis 1850, qu'il s'agisse de meubles ou d'immeubles, et auquel il faut ajouter deux décimes et demi créés par diverses lois, dont la dernière, est celle du 30 décembre 1873, se liquide d'après la valeur des biens transmis de l'ascendant à ses enfants sans aucune déduction de dettes ou de charges. En vertu de l'article 2 de la loi du 27 ventôse an IX, les calculs se font de 20 francs en 20 francs, en arrondissant toute somme non divisible par 20 au multiple de 20 immédiatement supérieur. Il résulte de là qu'il peut y avoir un certain intérêt pour la perception à liquider séparément les droits sur le lot de chaque enfant considéré isolément. C'est ce qui été primitivement ordonné par une circulaire du 15 messidor an VI, et deux décisions de l'administration du 14 frimaire an XII et du 3 fructidor an XIII, l'acte étant regardé comme composé d'autant de donations partielles qu'il y avait de donataires. Mais ce système ne pouvait pas être maintenu après la loi de 1824, qui crée un droit spécial pour les donations contenant partage, les

considère comme un acte unique et non plus comme une série d'actes isolés, ainsi que l'a reconnu une délibération du 6 janvier 1829, que l'introduction du droit gradué en 1872 ne pouvait d'ailleurs modifier. On n'a pas songé non plus à revenir à l'ancienne perception, lorsque l'acte ne contient qu'un abandon par indivis aux enfants qui font un partage entre eux par la suite, ce qui se comprend, car les lots de chaque enfant n'étant pas déterminés, on ne peut supposer fictivement leur existence pour faire des perceptions distinctes.

Le droit à percevoir est un droit de mutation à titre gratuit, et suit donc les règles spéciales à ce genre de droits pour les immeubles. Pour les meubles, la valeur se détermine en principe d'après la déclaration estimative des parties pour le mobilier, d'après le cours de la Bourse pour les valeurs mobilières susceptibles de négociation, et pour les créances d'après leur chiffre nominal. Quant aux immeubles, c'est leur revenu qui sert de base à la fixation de leur valeur, et le revenu est connu, soit par les baux, soit par la déclaration que la Régie est en droit d'exiger des parties à défaut de bail enregistré. Le revenu est ensuite multiplié par 20 ou par 10, suivant qu'il s'agit d'une mutation en pleine propriété ou en usufruit seulement. On a vu que la loi de 1875 a porté ces deux chiffres à 25 et 12 1/2 en ce qui concerne les immeubles ruraux.

Droit de partage. Ses conditions d'exigibilité. — En sus du droit fixé par la loi de 1824, doit-on percevoir le droit de partage sur un partage d'ascendants? C'était un droit fixe avant 1872. Il faut répondre que la loi de 1824 embrasse dans un seul tarif les donations contenant partage. Le droit n'est pas spécial à la donation seule,

mais comprend, et la donation, et le partage qui l'accompagne. Aucun droit n'est donc exigible depuis 1824 (Délibération du 6 janvier 1829). Avant cette loi, au contraire, un pareil droit était possible, s'il y avait eu d'abord démission collective des biens en faveur des enfants, puis partage entre eux, même dans un seul acte. Aujourd'hui que le droit gradué a remplacé le droit fixe, mais sans en changer la nature, il faut encore donner une solution semblable, et exempter de tout droit particulier le partage qui n'est qu'une disposition dépendante, et cela, alors même qu'il porte sur des rapports de sommes reçues en avancement d'hoirie, ainsi que le décide une solution de l'administration du 25 avril 1877. Il y a cependant encore controverse dans un cas, celui où avant 1824 on percevait un droit de partage, au moins quand le partage résulte d'un acte postérieur à la donation, celle-ci contenant seulement une attribution de quotité. D'après un système appliqué à l'origine par l'administration, et que défend le *Dictionnaire des Rédacteurs*, le premier acte n'est pas un partage anticipé, car il lui manque une des conditions essentielles d'un pareil acte, c'est-à-dire un partage effectif. C'est une donation ordinaire sujette au tarif des donations. Peu importe l'acte postérieur que les enfants ont fait entre eux ; cet acte est indépendant du premier, sujet d'ailleurs au droit fixe, aujourd'hui droit gradué. Quand ce système était suivi par la Régie, elle y apportait cependant un tempérament important. Quand le partage était opéré en exécution d'une clause formelle de la donation, suivait celle-ci à brève échéance, on considérait que les parties avaient eu l'intention de se conformer aux articles 1075 et 1076 du Code civil, avaient voulu faire un véritable partage d'ascendants et on restituait la partie du droit

qui avait été perçue en trop lors de l'enregistrement de la donation (*Instruction générale*, n° 1336). Cela était favorable aux parties, mais peu juridique en réalité. En effet, la donation sans partage n'est plus un partage anticipé, mais une simple donation, en admettant toutefois, avec les auteurs du *Dictionnaire des Rédacteurs*, qu'un véritable partage soit nécessaire pour pouvoir profiter du bénéfice de la loi de 1824, ce qui ne paraît pas exact. On ne peut comparer ce qui se passe à ce qui a lieu pour une mainlevée séparée suivant une quittance. Une quittance sans mainlevée reste une quittance; la mainlevée en est indépendante, et peut être tarifée au droit gradué et non au droit fixe comme acte complémentaire. Si, comme l'admettent aujourd'hui la jurisprudence et l'administration, on considère comme une donation à titre de partage anticipé une donation ne contenant pas de partage entre les descendants, de partage effectué par l'ascendant bien entendu, on ne peut, sur le partage postérieur effectué en vertu d'une clause expresse de la donation, percevoir le droit gradué, mais seulement le droit fixe. En effet, ce partage n'est pas une disposition indépendante, d'après le *Dictionnaire des Rédacteurs*, mais bien un acte complémentaire seulement. Le droit établi par la loi de 1824 embrasse, en effet, à la fois la donation et le partage, et est, par conséquent, exclusif du droit de partage. Il y a contradiction à vouloir assujettir un des éléments seulement du partage anticipé au droit de un pour cent, et l'autre au droit de partage ordinaire, c'est-à-dire maintenant au droit gradué. En partageant entre eux les biens donnés, les enfants se bornent à compléter la démission de biens qui leur a été faite, à exécuter une de ses clauses essentielles, et la démission ne se com-

prend pas sans ce partage qui en dépend nécessairement. Pour pouvoir percevoir le droit gradué, il faudrait, et c'est au fond l'opinion que préfère le *Dictionnaire des Rédacteurs*, admettre, comme on le faisait autrefois, qu'il y a dans le premier acte une donation ordinaire, dès qu'un partage effectif n'y a point eu lieu. Le partage postérieur, bien qu'exigé par la donation, ne fait pas corps avec elle pour la transformer en un acte *sui generis*, en une donation-partage; c'est bien alors une disposition indépendante, et le droit gradué est exigible.

Néanmoins, ce n'est ni le système de la donation ordinaire, ni celui de la donation couvrant le partage postérieur, que l'on suit aujourd'hui, et semble-t-il avec raison. Il importe peu d'ailleurs que le partage soit fait par un acte séparé, ou qu'il soit contenu dans l'acte de donation. L'essentiel est que, dans ce dernier cas, il soit l'œuvre exclusive des enfants, que le père n'y ait pas pris la moindre part et se soit borné à faire une démission de biens indivise entre ses enfants. Il peut s'élever à ce sujet des questions de fait souvent difficiles à trancher; je suppose seulement que, dans le cas actuel, aucun doute ne soit possible, et que le partage, fait ou non dans le même acte que la donation, en est absolument distinct. Il y a lieu alors à l'application du droit d'un pour cent sur la donation et du droit gradué sur le partage. Ce sont en effet deux dispositions réellement indépendantes. Du moment où l'on admet qu'il y a un partage anticipé au point de vue de l'enregistrement, et c'est ce que l'on verra plus loin, lorsque l'ascendant a fait une simple donation de parts indivises à ses enfants, cette donation motive à elle seule la perception du droit établi par la loi de 1824, constitue à elle seule une donation portant

partage, conformément aux termes dont s'est servi cette loi. Quant au partage postérieur, bien qu'imposé par une clause de l'acte, il n'en fait pas partie intégrante ; il ne se borne pas à le compléter, il y ajoute ; les enfants étaient en définitive libres de ne pas l'exécuter, quitte à encourir la clause pénale qui a pu être stipulée par l'ascendant donateur. C'est donc une disposition essentiellement indépendante, sujette au droit spécial des partages. Au point de vue civil, d'ailleurs, les deux actes, ne forment pas un tout unique ayant les mêmes effets qu'une donation contenant partage faite dans les termes ordinaires. Le partage étant l'œuvre exclusive des enfants a une efficacité propre ; il n'est pas soumis pour la rescision aux règles que le Code a établies pour le partage anticipé. Le délai court de suite et non plus du jour du décès de l'ascendant. En outre, si l'article 832 sur le partage en nature et la composition des lots n'a pas été observé par les parties majeures et maîtresses de leurs droits, aucune action en rescision n'est possible de ce chef, alors qu'il faudrait donner une solution inverse si l'ascendant avait opéré lui-même la division des biens. Ces diverses raisons ont fait admettre par l'administration l'exigibilité du droit spécial de partage avant 1872 (Délibération du 1^{er} octobre 1833), et depuis 1872, celle du droit gradué sur la valeur nette des biens partagés (Solution du 15 mai 1873). M. Demante soutient aussi le même système dans son *Traité d'Enregistrement*, et la Cour de Cassation l'a consacré par un arrêt du 24 juin 1872 (Sirey, 73, 1, 77). Le droit gradué peut donc concourir dans certains cas avec le droit proportionnel, quoiqu'en principe celui-ci couvre le partage aussi bien que la donation. Le même cumul de droits se rencontrerait si, aux biens donnés et partagés par l'ascen-

dant, on réunissait d'autres biens déjà indivis entre les enfants pour les partager. Le droit gradué se percevrait alors sur la valeur nette des biens ajoutés ; c'est un point qui ne saurait faire difficulté, et aucune réclamation ne paraît avoir été portée à ce sujet devant les tribunaux. Il n'en a pas été de même pour la première question, que l'introduction du droit gradué avait réveillée. Les contribuables cherchèrent à éviter la superposition, au droit proportionnel, du droit de partage devenu plus lourd, mais les tribunaux repoussèrent leur prétention et maintinrent l'ancienne jurisprudence. (Chartres, 22 décembre 1876, au sujet d'un partage fait par acte distinct de la donation, Garnier. Rép. Pér. 4569).

On ne pourrait considérer que le partage, résultant d'une clause de la donation, en est une des conditions et comme tel échappe à un droit spécial de partage. Si cette théorie était exacte, comme les partages anticipés n'en conservent pas moins leur caractère d'actes à titre gratuit, et peuvent être affectés de conditions couvertes par le droit principal de donation-partage, et pour lesquelles aucun droit particulier n'est dû, rien n'empêcherait d'y considérer le partage comme une condition de ce genre, et de l'exempter du droit gradué, surtout s'il a lieu dans l'acte même de donation.

FORME ET QUALIFICATION DE L'ACTE DE PARTAGE ANTICIPÉ

Vices de forme. — Partage sous seings privés. — L'article 1076 du Code civil dispose que le partage d'ascen-

dants devra être soumis aux formalités des donations entre vifs. La conséquence est qu'il doit, pour être valable, être effectué par acte authentique solennel et être accepté par les donataires. Si le partage est fait par actes sous seings privés, par exemple, il est nul. Mais quel effet cette nullité produira-t-elle sur la perception? Aucun; l'administration n'a pas à s'occuper de la validité ou de la nullité des actes qu'on lui présente; elle n'en est pas juge; elle doit les accepter tels quels et asseoir sa perception sans se préoccuper des causes de nullité. Cela se comprend aisément, car obliger le receveur à apprécier les actes qu'il doit enregistrer, à en examiner la validité, à rechercher si, pour tel ou tel motif, la nullité n'a pas été encourue, c'eût été lui imposer, la plupart du temps, une tâche impossible. Si certaines nullités sautent aux yeux, il en est d'autres, au contraire, qui n'apparaissent que difficilement, et que souvent même un receveur n'a pas les moyens d'apercevoir. S'il avait à prendre un parti dans une question douteuse, il eut risqué maintes fois de se mettre en contradiction avec une décision judiciaire ultérieure. D'ailleurs, il ne faut pas oublier que l'administration joue le rôle d'un tiers par rapport aux parties qui figurent dans un acte; aussi n'est-ce que dans des cas très exceptionnels qu'elle pourra se prévaloir d'une nullité, par exemple si elle y a un intérêt, et encore à condition de ne pas préjudicier aux droits des parties. Les vices de forme ne peuvent donc être pris en considération par le receveur, au moins en principe, car si deux interprétations étaient possibles pour un même acte, rien ne l'empêcherait de choisir celle qui rend l'acte valable, celle qui, par exemple, dans un partage anticipé, laisse subsister la donation, alors que le partage est nul. Mais tel n'est pas le cas, quand il s'agit d'une

donation-partage effectuée par acte sous seings privés. L'administration a émis cependant la prétention de considérer l'acte comme une donation ordinaire, le partage anticipé étant nul, disait-elle, comme n'étant pas revêtu des formalités prescrites par le Code civil, auquel la loi de 1824 s'est référée pour déterminer les caractères des actes devant jouir d'une réduction de droits. Mais cette théorie, outre qu'elle était contraire au principe qui interdit à l'administration d'apprécier la validité des actes qu'on lui soumet, était encore pleine d'inconséquence. Car, si l'acte était nul comme partage d'ascendants, il l'était aussi comme donation de biens. Ce n'était donc pas le tarif des donations qu'il eût fallu lui appliquer, mais bien celui des actes innommés, c'est-à-dire percevoir un simple droit fixe. Aussi la prétention de l'administration fut-elle bientôt abandonnée par elle (Délibération du 7 novembre 1827). Reprise en exécution d'une décision du Ministre des Finances du 14 septembre 1829, elle fut condamnée une première fois par la Cour de Cassation le 21 décembre 1831 (Sir. 1832, I, 182). La question se présenta de nouveau, mais sous une autre forme, à propos d'un partage verbal. La solution à donner est évidemment la même que pour un partage sous seings privés. Les deux actes se présentent, en effet, dit M. Garnier (*Répertoire général*, 12582), dans des conditions identiques devant la loi de l'impôt, car si l'un est nul aux yeux de la loi civile, l'autre ne l'est pas moins. L'administration ne peut donc invoquer la nullité pour le partage verbal, si elle ne peut le faire pour le partage sous seings privés. La question fut portée devant la Cour de Cassation, qui, par une inconséquence singulière, n'hésita pas à se déjuger et à décider que la loi de 1824 n'était pas applicable au partage verbal (22 mai 1883. Sir., 1833, I, 552). Les tribunaux résistè-

rent à ce revirement de jurisprudence, qui avait amené l'administration à repousser la doctrine du premier arrêt de 1831 dans l'*Instruction générale*, n° 1437, et à réclamer le droit de donation sur le partage sous seings privés. Saisie à nouveau, la Cour de Cassation revint à sa première jurisprudence par deux arrêts, le premier du 9 août 1836, pour le partage anticipé fait sous seings privés (Sirey, 1836, I, 667) et le deuxième du 13 décembre 1837 pour le partage verbal (Sirey, 1838, I, 173). La régie ayant prescrit de prendre la doctrine de ces arrêts pour base de la perception dans son Instruction n° 1562, la controverse pratique s'est trouvée terminée.

Comme conséquence de ce qui précède, un partage d'ascendants comprenant des objets mobiliers et fait sous la forme d'un don manuel ne devrait être soumis qu'au droit d'un pour cent, quand il y aurait lieu de le faire enregistrer conformément à la loi de 1850. Il y aurait même d'autant plus de raison de supposer que l'on se trouve en présence d'un partage, et non de donations multiples et indépendantes, que par sa nature même le don manuel est présumé fait avec dispense de rapport, dispense qui est un des caractères du partage anticipé. Cette solution aurait dû être donnée, alors même que l'on n'aurait pas admis d'une manière générale les partages verbaux à profiter de la réduction de droits consentie par la loi de 1824. En effet, cette loi exige seulement que le partage soit fait en suivant les formalités prescrites par la loi civile pour les donations, et les dons manuels sont dispensés par la loi civile de toute formalité. Aussi M. Demolombe se prononce-t-il pour la validité, au point de vue civil, des partages d'ascendants mobiliers exécutés au moyen de dons manuels.

Acceptation des donataires. — De ce que la question de validité des actes ne doit pas être soulevée par l'administration, il ne faut pas en conclure que celle-ci doive percevoir les droits indifféremment sur tout acte qu'on lui présente comme étant un partage d'ascendants, et qui en a effectivement les caractères. Si la forme peut être irrégulière, encore faut-il qu'il en existe une ; l'administration doit examiner ce qu'ont voulu faire les parties, et elle n'a pas à se désintéresser des conséquences légales que peut avoir la forme adoptée. C'est qu'il ne s'agit plus seulement ici d'une question de forme plus ou moins régulière, mais d'une question de perfection d'acte et de validité intrinsèque. La loi exigeant, par exemple, pour les donations, l'acceptation du donataire, tant que cette acceptation n'a pas eu lieu, il n'y a pas encore de donation, et on ne pourrait percevoir le droit de donation. Il n'y a qu'un acte innommé, un pur fait, et non un acte nul ou annulable. L'administration est obligée de tenir compte des prescriptions de la loi civile pour déterminer dans quelle catégorie il y a lieu de ranger tel ou tel acte, d'après ses éléments et sa nature intimes, et, par voie de conséquence, quel tarif lui est applicable. Quand on lui présente une donation non acceptée, on ne lui présente pas un acte nul ; c'est, au contraire, un acte parfaitement valable, mais la loi civile interdisant d'y voir encore une donation entre vifs, on ne peut considérer l'acte que comme un acte *sui generis*, et, comme il ne rentre dans aucune des classes prévues par la loi, on lui appliquera le tarif des actes innommés.

Le partage d'ascendants entre vifs étant une donation, et cela est vrai même au point de vue des règles du fond, doit être accepté pour devenir parfait ; jusqu'à l'acceptation, il reste à l'état de projet ; les règles précé-

dentes lui sont alors applicables ; comme ce n'est pas encore un partage, on ne peut percevoir le droit établi par la loi de 1824, mais seulement un droit fixe qui est aujourd'hui de 3 francs en principal. Une fois l'acceptation faite par les descendants, la donation et par voie de conséquence le partage se trouvent complétés avec effet rétroactif. L'acte est parfait et les droits sont exigibles. La situation est la même que pour un acte grevé d'une condition suspensive, lorsque celle-ci s'accomplit. Les droits tenus en suspens jusqu'à la réalisation de la condition doivent être payés après cette réalisation, dont la preuve faite par l'administration suffit pour permettre à cette dernière de les réclamer. Aucun délai n'ayant été fixé pour l'action de l'administration, c'est le droit commun qui devient applicable et la prescription est de trente ans, ainsi que l'ont admis nombre de décisions judiciaires.

Quand, pour le partage, l'acceptation résultera, selon le vœu de la loi, d'un acte authentique auquel ont pris part tous les descendants, il ne s'élèvera aucune difficulté. C'est sur l'acceptation, complément et pour ainsi dire dernière clause du partage, que le droit proportionnel d'un pour cent sera perçu. Mais l'acceptation peut ne pas se présenter toujours aussi simplement. Elle peut être irrégulière. Si l'administration n'a pas le droit de se prévaloir de la nullité d'un acte, pour refuser de lui appliquer tel tarif déterminé, en revanche les parties ne sont pas recevables à invoquer cette même nullité pour écarter l'action dirigée contre eux. C'est ce qui se présente pour une acceptation irrégulière. Si l'administration parvient à en prouver l'existence, elle sera en situation de réclamer le droit de partage. L'acceptation peut résulter, par exemple, d'une prise de possession par les descendants.

S'ils s'agit d'immeubles, comme toute mutation doit acquitter le droit dans les trois mois de sa date à peine de double droit, et que l'administration est armée de pouvoirs étendus pour rechercher les mutations secrètes en vertu de l'article 12 de la loi de frimaire an VII et de l'art. 4 de la loi du 27 ventôse an IX, elle pourra se servir de ces pouvoirs dans le cas actuel, prouver l'acceptation, et par suite la mutation, au moyen de la prise de possession, et réclamer le droit d'un pour cent. Lorsque la mutation remontera à plus de trois mois, le double droit sera encouru. Pour les meubles, l'administration est moins bien armée ; elle ne peut rechercher les mutations secrètes que par exception ; néanmoins, si par les moyens légaux dont elle dispose, elle arrive à prouver qu'il y a eu prise de possession effective par les enfants, cette preuve entraînera celle de l'acceptation de la donation-partage et l'exigibilité des droits, sans amende toutefois, aucun délai n'étant fixé pour la déclaration de mutation.

Acceptation partielle et ses effets sur le droit de mutation. — Jusqu'ici, on a supposé que la donation était acceptée par tous, mais le contraire peut arriver. Quelques enfants seulement ont accepté. Le droit proportionnel est-il exigible, et si on admet l'affirmative, est-ce le droit de donation ordinaire ou celui de partage anticipé ? Cette question a reçu, suivant les époques et suivant les cas, des solutions diverses. En droit civil d'abord, il a été jugé par la Cour de Riom le 11 août 1821 et par la Cour de Cassation le 27 mars 1839 (Sir. 39, I, 26) que le défaut d'acceptation par un enfant empêche l'acte de produire son effet comme partage, même pour les acceptants, et cette opinion est partagée par nombre d'auteurs, comme Demolombe, Genty, Aubry et Rau. Cela paraît incontes-

table. En effet, le partage anticipé ne se compose pas d'autant de donations isolées et simplement juxtaposées qu'il y a d'enfants. C'est un acte unique et complexe dont toutes les parties se tiennent et dépendent les unes des autres; il ne peut valoir pour partie et être nul pour partie. L'acceptation d'un enfant est subordonnée à celle de tous les autres. Faut-il étendre cette théorie au droit fiscal? Il semble bien que oui, étant donné surtout qu'en cette matière la perception dépend essentiellement du droit civil. Tant que le dernier enfant n'a pas accepté, il n'y a pas une donation-partage parfaite dans les termes des art. 1075 et 1076 du Code civil, et par conséquent la loi de 1824 n'est pas applicable. Il n'y a pas davantage une donation ordinaire, car l'intention des parties de faire un partage anticipé est évidente, et on ne comprendrait pas comment la réunion de plusieurs donations tarifées comme telles, même la dernière, aboutirait à former un acte soumis à un tarif différent, acte parfait et donnant lieu à restitution des droits irrégulièrement perçus, alors surtout que l'administration a été, dès l'origine, en mesure d'apprécier le véritable caractère de l'acte qui lui était présenté. Les parties d'un acte ne peuvent donner lieu à un droit plus élevé que celui de l'acte entier, quand rien ne vient masquer et dissimuler leur véritable nature. Si d'ailleurs on admet, et c'est le cas, que la perception du droit proportionnel doit être suspendue, tant que la donation proposée n'a pas été acceptée, parce qu'il s'agit d'un acte imparfait, une acceptation partielle laissant l'acte tout aussi imparfait dans toutes ses parties, ne lui conférant à aucun degré un caractère translatif, ne peut motiver cette perception sur la totalité ni même sur certains seulement des biens donnés. Le partage anticipé n'existe pas plus après une acceptation

par quelques donataires qu'avant toute acceptation. Ce n'est toujours qu'un acte innommé, et chaque acceptation ne donne ouverture qu'à un droit fixe, sauf la dernière, qui rend le droit proportionnel exigible d'après le tarif établi par la loi de 1824. Je n'admettrais tout au plus qu'une seule exception : c'est lorsque l'acceptation partielle a été suivie d'une prise de possession également partielle. Si cette prise de possession peut être prouvée, elle fait présumer une mutation, annulable sans doute, mais peu importe, et le droit proportionnel de mutation est exigible. Il s'agit évidemment du droit d'un pour cent, car les parties ont voulu faire un partage anticipé et sa nullité éventuelle ne peut être invoquée par l'administration.

La pratique n'a pas consacré le système que je viens d'exposer. Elle a admis une théorie assez particulière, que la jurisprudence a été amenée peu à peu à consacrer par une série de déductions successives, mais qu'elle aurait peut-être écartée si elle s'était présentée à elle directement et avec toutes ses conséquences.

L'administration avait d'abord commencé par soutenir qu'il n'y avait encore ni mutation ni partage anticipé à l'égard des non acceptants, mais que l'acceptation partielle produisait, pour ceux qui acceptaient, une mutation à titre de donation ordinaire, car le partage n'existait pas encore, et la loi de 1824 n'est applicable qu'à une véritable donation-partage, non à une donation isolée au profit de quelques descendants. Après plusieurs tribunaux, la Cour de Cassation a formellement écarté ce système dans un arrêt du 11 avril 1838 (Sir. 38, I, 432). qui renferme les considérants suivants : « Attendu qu'aux termes de l'art. 932 Civ. l'acceptation des donations entre vifs peut être faite par un acte postérieur ; qu'aucune exception à cette règle

n'existe à l'égard des donations par lesquelles les père et mère, ou autres ascendants, font entre leurs enfants et descendants la distribution et le partage de leurs biens : qu'ainsi le défaut actuel d'acceptation par quelques-uns des enfants donataires, et la seule possibilité d'une nullité qui n'existe pas encore ne changent aucunement, quant à la perception du droit d'enregistrement, le caractère de l'acte de donation portant partage fait par le père et par la mère à leurs enfants. » Il faut remarquer que la Cour avait uniquement à se prononcer sur une question de tarif, celle de l'exigibilité d'un droit proportionnel étant supposée tranchée. La décision de la Cour était fort logique dans ce cas ; du moment où un droit proportionnel était dû, c'était le droit de la loi de 1824 et non celui de donation ordinaire qu'il fallait percevoir, car la Régie n'est pas admise à se prévaloir de la nullité d'un acte. Mais parler de nullité, c'est supposer que l'acte existe, qu'il y a donation-partage, tandis qu'en réalité il n'en est rien. Il est probable que si, au lieu de réclamer contre la perception de tel ou droit de mutation, on avait porté le débat sur le terrain de l'exigibilité du droit proportionnel, la Cour n'eût pas admis ce dernier droit et aurait reconnu que le droit fixe était seul applicable à un acte qui n'emportait pas mutation.

L'administration accepta l'arrêt de 1838, mais en lui donnant une portée qu'il n'avait certainement pas. Elle admit que la Cour a implicitement autorisé la perception d'un droit proportionnel, et comme c'est le droit de la loi de 1824, la conséquence à en tirer est que le partage anticipé existe aux yeux de la Cour, bien que frappé de nullité éventuelle. Mais le partage, s'il existe, ne peut exister que pour le tout, car il forme un ensemble indivisible, et on devra percevoir le droit de mutation sur la

totalité des biens abandonnés par l'ascendant. Ce système aboutit donc à considérer l'acceptation partielle comme une acceptation valable pour le tout, quoique irrégulière. C'est ce que montre bien l'Instruction générale n° 1577, qui a suivi l'arrêt de 1838 : « Il suit de cet arrêt que la réduction des droits d'enregistrement, prononcée par l'art. 3 de la loi du 16 juin 1824, est applicable à l'acte par lequel les père et mère, ou autres ascendants, font le partage anticipé de leurs biens entre tous leurs enfants, quoique ce partage ne soit actuellement accepté que par un ou plusieurs des donataires. Mais si, comme le déclare la Cour de Cassation, le défaut d'acceptation de quelques-uns des enfants n'enlève point à l'acte le caractère d'un partage, c'est-à-dire d'une donation faite à tous les enfants, cette circonstance ne doit pas non plus mettre obstacle à ce que le droit proportionnel d'enregistrement soit perçu, dans ce cas spécial, sur la totalité des biens donnés et compris dans le partage anticipé. En conséquence, pour les actes de l'espèce, les préposés exigeront les droits..... tant sur les biens attribués aux enfants qui auront accepté la donation que sur ceux des lots dévolus aux enfants, qui n'auront point déclaré leur acceptation ou ne seront pas même intervenus au contrat ». M. Garnier, qui adopte pourtant ce système, trouve la conclusion qui précède quelque peu contestable : « Car il est difficile, dit-il, d'admettre que l'on puisse percevoir un droit proportionnel de donation sur des biens attribués à un donataire qui n'accepte pas. Et on ne s'écarterait pas des principes en soutenant que le droit de mutation doit se borner aux biens compris dans les lots des donataires acceptants » (Rép. Gén. 12573). Mais M. Garnier se détermine pour l'exigibilité du droit entier par ce motif que, si le partage anticipé ne prend pas naissance par une accepta-

tion partielle, c'est le droit de donation ordinaire qui est dû, car il y a simple avancement d'hoirie, et cela est encore plus onéreux pour les parties, ainsi que le décide une solution de l'administration du 25 mars 1858. Mais cela n'est pas exact. Même si le droit proportionnel est dû sur partie seulement des biens, il ne peut s'agir que du droit établi par la loi du 16 juin 1824, toujours par ce motif que les parties ont voulu faire un partage anticipé et nullement une donation ordinaire, que cela résulte avec toute évidence des termes employés par l'ascendant, auxquels le receveur ne peut se tromper, et que l'acceptation partielle n'a pu changer la nature du contrat intervenu, dont elle ne fait que hâter la perfection. La Cour de Cassation l'a d'ailleurs reconnu dans son arrêt de 1838, puisqu'elle a substitué le droit d'un pour cent au droit de donation, qui à cette époque n'était exigé que sur le lot des enfants acceptants. La vérité est qu'il n'y a pas plus donation que partage, et que le droit proportionnel n'est pas exigible. On le reconnaît d'ailleurs jusqu'à un certain point dans la pratique. Ainsi, on admet que le défaut d'acceptation produit tous ses effets, sauf en ce qui concerne le droit de partage. Lorsque, par exemple, un donataire non acceptant refuse au décès de recevoir une soulte, qui lui a été attribuée par le partage, pour exiger des biens en nature, ces biens ne constituent pas pour lui une acquisition sujette au droit proportionnel, acquisition faite en échange de la soulte. Bien plus, une solution du 25 juillet 1873 admet que le droit proportionnel n'est pas exigible sur une acceptation partielle, si le donateur, par une clause expresse, a subordonné la donation, même pour les acceptants, à l'assentiment de tous. On ne peut réclamer qu'un droit fixe, et il en est de même pour la résolution ultérieure du partage anticipé prononcée par

l'ascendant à raison de l'impossibilité de le faire accepter par tous les enfants. Cette solution condamne le système suivi par la jurisprudence, car une condition expresse ne peut avoir plus d'effet dans l'espèce actuelle qu'une condition tacite, et cette condition tacite résulte ici de la loi. Le donateur n'a fait qu'exprimer ce que l'analyse permet d'induire des articles du Code civil. Il n'ajoute réellement aucune disposition nouvelle, aucune condition particulière à sa libéralité, il la laisse sous l'empire du droit commun. L'administration a bien senti ce que sa doctrine avait d'exagéré, et elle en a d'elle-même tempéré certaines conséquences, que la stricte interprétation de la loi lui imposait cependant. Si un donateur, dont la libéralité n'a été acceptée que partiellement, s'en est déjà désisté, alors qu'elle est présentée à l'enregistrement, et avant qu'elle ne soit devenue parfaite par l'acceptation des non présents, on autorise l'enregistrement au droit fixe de la libéralité. Celle-ci était cependant de nature à motiver la perception du droit proportionnel aux yeux de l'administration, puisque certains donataires l'avaient acceptée, et la révocation, bien qu'antérieure à l'enregistrement, ne pouvait empêcher la perception d'un droit régulièrement acquis au Trésor. De même, si le receveur a omis de percevoir le droit proportionnel sur un partage accepté par quelques donataires seulement, et que ce partage vienne à être annulé en justice, on n'exige pas en général des parties le droit qui n'a pas été perçu, et qui est maintenant sans cause. Cependant cette manière de procéder est condamnée d'une façon générale par un arrêt ancien de la Cour de Cassation du 24 mars 1813 (Dalloz, 233, 3). Cet arrêt décide avec raison que la Régie ne peut faire remise aux parties de droits, qui auraient dû être perçus sur des actes ou des mutations, que des actes postérieurs

viennent annuler ou rendre inutiles. L'administration s'est cependant déterminée à agir comme elle l'a fait, autant pour ne pas pousser à l'extrême un système dont la base pouvait être contestée, que par une faveur spéciale à l'égard des partages d'ascendants, faveur qu'expliquent et justifient dans une certaine mesure les dispositions législatives concernant ces partages en droit fiscal, et dont on montrera encore d'autres exemples.

Quoi qu'il en soit, la doctrine, que l'administration s'était empressée de formuler au lendemain de l'arrêt de 1838, fut acceptée par la jurisprudence. Un premier arrêt de Cassation du 30 décembre 1839 (Sir. 1840-1-153) s'en inspire dans ses considérants, et un deuxième arrêt du 23 avril 1867 (Sir. 67, 1, 264), absolument décisif cette fois, est venu d'ailleurs dissiper tous les doutes : « Attendu que la non-présence ou le défaut d'acceptation actuelle des donataires allotis en créances sur le donataire principal présent, et acceptant, n'empêche pas non plus la donation d'être au fond un véritable partage anticipé avec soultes; qu'en effet, le donataire acceptant ayant intérêt à ce que les attributions faites à ses frères et sœurs non acceptants soient maintenues par la donatrice, afin de ne pas être exposé à une demande en réduction de la donation préciputaire à lui faite, il s'ensuit que ces attributions ne pourraient être révoquées par la donatrice sans le concours du donataire lui-même, et que, dès lors, ces attributions opérant au regard de la donatrice un dessaisissement complet et absolu, ont pour résultat de rendre, quant à elle, le partage anticipé parfait et irrévocable; attendu, d'ailleurs, que si le défaut d'acceptation de quelques-uns des donataires rend possible l'annulation de ce partage, cette éventualité ne peut changer le caractère de cet acte, ni former obstacle à la percep-

tion du droit d'enregistrement dont il est passible dans l'état actuel. » Si certains motifs tirés de la prétendue irrévocabilité, en droit civil, du partage accepté partiellement, parce que la révocation léserait l'héritier acceptant, sont sujets à critique et sont même contredits par la fin de l'arrêt, on doit reconnaître que la Cour a parfaitement admis l'existence du partage, dès qu'une acceptation s'était produite, sauf l'effet d'une nullité éventuelle, qui ne pouvait mettre obstacle à la perception du droit proportionnel, non sur le lot accepté, mais sur le partage, c'est-à-dire sur toutes les dispositions de l'acte.

Si, comme j'ai essayé de le démontrer, une acceptation partielle, ne donnant pas naissance au partage, ne permet pas encore de percevoir le droit proportionnel, il n'en est pas de même lorsque l'acceptation est générale, mais irrégulière en tout ou en partie. On a déjà vu, en effet, que l'administration n'avait pas à se préoccuper de la nullité des actes qu'on lui présentait, à condition cependant que le vice dont l'acte est atteint ne soit pas de nature à le faire considérer comme entièrement inexistant. Cette théorie doit recevoir ici son application. Ainsi, un partage peut être accepté au nom de certains enfants par d'autres personnes, auxquelles la loi ne donne pas, sans doute le pouvoir de les représenter régulièrement, mais qui tirent de leur situation même le droit d'agir en leur nom dans une certaine mesure. Fixer à ce sujet une règle générale n'est pas chose possible ; c'est d'après les circonstances de fait seulement, que l'on pourra décider si l'intervention d'une personne déterminée est suffisante pour que le partage soit considéré comme ayant pris naissance à l'égard de celui qui n'a pas personnellement accepté ; les hypothèses suivantes donneront quelques exemples des règles à suivre en cette matière.

On a décidé que des créanciers avaient le droit d'accepter au nom de leur débiteur absent ou refusant d'accepter. Leur intérêt explique suffisamment leur intervention, que légitime jusqu'à un certain point le Code civil. Le droit proportionnel est alors exigible, conformément au tarif fixé par la loi de 1824. L'arrêt de Cassation précité de 1839 l'a formellement reconnu : « Attendu que l'acte du 10 octobre 1833 est un véritable partage, que la soulte de 30.082 francs faisant la moitié de la valeur de l'immeuble de Bessous, abandonné par ledit partage, a été justement attribuée au lot du fils absent, et dans son intérêt pour les paiements à faire à ses créanciers par le frère aîné; que l'absence et le défaut d'acceptation du fils cadet ne peuvent être opposés par la Régie pour justifier la contrainte par elle décernée, alors surtout que la part de cet enfant a été acceptée par ses créanciers et payée au moyen du sacrifice fait par les père et mère en faveur des deux enfants. »

Une délibération du 20 mai 1834 a été jusqu'à reconnaître pour valable une acceptation faite par un tiers sans qualité au nom d'un des enfants. On peut hésiter à admettre cette doctrine d'une manière générale, car l'acceptation paraît ici plutôt inexistante qu'annulable. De même, si un partage fait entre plusieurs enfants, dont un interdit, n'était accepté que par les descendants majeurs de leurs droits, il n'y aurait pas lieu d'exiger immédiatement le droit proportionnel, bien que le contraire ait été décidé. Si, cependant, les enfants majeurs avaient accepté tant en leur nom personnel qu'au nom de leur codonataire, il semble que l'intérêt qu'ils ont à faire produire effet à la donation, ainsi que leur qualité d'héritiers de l'interdit, soient de nature à faire admettre la validité de leur acceptation et à autoriser l'administra-

tion à réclamer le droit proportionnel. Il en serait de même si le tuteur avait accepté au nom de l'interdit avant d'y avoir été régulièrement autorisé par son conseil de famille. Le vice de l'acte du tuteur, résultat de son défaut de pouvoir, serait sans effet sur la perception. Il ne faut pas confondre avec cette hypothèse celle d'une donation conjointe, faite par les père et mère à leurs enfants communs mineurs, et acceptée par le père pour les biens donnés par la mère, et par la mère pour les biens donnés par le père. L'acceptation est ici parfaitement régulière, et n'est que l'exercice d'un droit que la loi accorde aux ascendants, comme l'ont reconnu successivement des arrêts de la Cour de Paris du 25 juin 1849, de la Cour de Poitiers du 28 février 1861 (Sir. 1861, 2, 465) et de la Cour de Lyon du 23 mars 1877. Au point de vue de l'impôt le droit d'un pour cent est immédiatement exigible sans le moindre doute (Solution du 4 avril 1832.)

Qualification donnée au partage. — A la question de forme se rattache intimement celle de la qualification donnée à un acte. La Régie, par une conséquence de sa qualité de tiers, n'est pas tenue par le nom qu'il a plu aux parties de donner à leur acte. Si on lui présente un acte faussement qualifié de partage anticipé, et n'en ayant en réalité pas les caractères distinctifs, elle n'est nullement obligée d'accepter cette qualification et de percevoir les droits en conséquence. Rien ne l'empêche de déterminer quelle est la nature réelle de l'acte d'après l'ensemble de ses clauses, de le considérer par exemple comme une donation ou une vente. Inversement, un acte qui n'est pas qualifié partage peut réellement en être un, et c'est un droit alors, pour la Régie comme pour les

parties d'ailleurs, si elles y trouvent intérêt, de le faire tarifier comme tel. La raison de cette règle est évidente. S'il avait suffi aux parties de déclarer qu'elles ont voulu faire tel acte déterminé pour obtenir l'application du tarif spécial à cet acte, elles n'eussent pas manqué de déguiser leurs contrats sous la forme assujettie à la perception la moins élevée, et l'administration eût été désarmée devant cette fraude évidente. C'est là une règle générale, qui résulte de nombreux jugements et arrêts, et en particulier de trois arrêts récents de la Cour de Cassation du 5 novembre 1878, du 19 juin 1882 et du 28 novembre 1882 (Dal, 79, 1, 100, 83, 1, 299). Le *Dictionnaire des Rédacteurs* remarque avec raison que cette règle est particulièrement applicable au partage d'ascendants, la loi de 1824 s'étant référée au Code pour en déterminer les caractères, sans s'inquiéter autrement du nom qui pouvait lui avoir été donné. Chaque fois, dit P. Pont, qu'un acte ne rentre pas dans les prévisions des articles 1075 et 1076, il appartient à la Régie, écartant la qualification donnée à l'acte, de percevoir le droit auquel sont soumises les donations ordinaires. Ce sont, en effet, ces donations qui se dissimulent le plus souvent sous la forme du partage anticipé pour chercher à profiter de la faveur accordée par la loi de 1824. Plusieurs arrêts ont formellement reconnu le droit de l'administration (Cass. 20 août 1850, 23 mai 1853, 5 mars 1855, 10 février 1857, 10 novembre 1858, Dalloz 50, 1, 279, 53, 1, 337. 55, 1, 123, 57, 1. 254, 58, 1, 462). Il me reste à examiner les principales espèces qui peuvent se produire, lesquelles se divisent tout naturellement en deux catégories, suivant qu'il s'agit d'un acte qualifié à tort partage anticipé, ou d'un acte qui constitue un véritable partage, mais qui a une autre qualification.

Acte qualifié à tort de partage. — 1° Une démission de biens peut n'être en réalité qu'un acte à titre onéreux, et doit être alors assujettie à la perception comme telle. Cela se présente en particulier quand l'ascendant impose à ses enfants des charges équivalentes à la valeur des biens qu'il leur donne, comme l'a décidé la Cour de Cassation le 28 mars 1820. En matière civile la Cour de Colmar, le 10 mai 1865 (Sir. 65, 2, 300), et celle de Nancy, le 4 juin 1859 (Dal. 60, 2, 22), ont admis la même solution. En fait, il ne sera pas toujours facile de distinguer si les charges excèdent les biens donnés, surtout s'il s'agit de charges viagères. On ne doit d'ailleurs admettre l'absence de donation, que si l'intention des parties de faire un contrat à titre onéreux est évidente.

« Dans le partage anticipé, moins que partout ailleurs, dit M. Garnier (Rép. Gén. 12583), on peut voir une convention intéressée, et, comme l'obligation de payer le passif *ultra vires* est une des conséquences légales de l'abandon des biens, c'est dans des cas évidemment très rares qu'il est permis de considérer le contrat comme une vente et de percevoir le droit à titre onéreux ». On peut critiquer le dernier motif invoqué par M. Garnier, car l'obligation de payer les dettes *ultra vires* est loin d'être admise sans contestation en droit civil, comme une conséquence du partage, mais sa conclusion n'en reste pas moins juste. Il faudrait en particulier se garder, pour apprécier l'étendue des charges viagères imposées aux enfants, d'employer les évaluations admises par la loi pour la liquidation des droits sur une rente viagère ou sur un usufruit; ces évaluations ne seraient pas opposables aux parties, car la présomption légale, sur laquelle elles reposent, n'a pas une portée

générale et absolue. L'administration était cependant tombée dans une erreur de ce genre en voulant faire passer pour un acte à titre onéreux un partage joint à un abandon d'usufruit, parce que les droits viagers réservés par l'ascendant représentaient d'après ses calculs une somme annuelle à peu près égale au revenu des biens donnés et de l'usufruit abandonné.

C'est en définitive au juge qu'il appartient d'interpréter, dans chaque cas, le caractère des actes conformément aux règles du droit commun, et la solution à donner repose essentiellement sur des appréciations de fait. (Cour de Nancy, 4 juin 1859. Dal. 60, 22.)

Au lieu d'une vente, le partage peut n'être qu'une dation en paiement; cela se présente quand l'ascendant était débiteur envers ses enfants. Ainsi une mère ayant donné ses biens à ses enfants, dont elle était débitrice, avec stipulation que sa dette serait éteinte, et que l'excédent des biens sur cette dette ferait seul l'objet du partage, le tribunal de La Rochelle a exigé le droit de dation en paiement, et non celui de partage anticipé, sur le montant de la dette (28 juillet 1840). L'acte s'est trouvé avoir ainsi un double caractère, le caractère de partage pour partie, et celui de dation en paiement pour le surplus. Le système, qui décompose ainsi les stipulations d'un même acte pour en faire résulter des contrats distincts, n'est pas en contradiction avec les règles de l'unité des contrats et avec les principes du Code sur l'interprétation des conventions, en ce qu'il tend à considérer isolément la libéralité et les charges que les parties n'ont point voulu séparer. Au contraire, une transmission consentie dans un acte et sous une forme unique peut parfaitement se décomposer pour l'impôt en plusieurs mutations particulières d'après l'intention gratuite ou intéressée qui en a déterminé les stipu-

lations. Plusieurs jugements et arrêts ont formellement reconnu sur ce point le droit de l'administration, qui ne sépare pas ce qui était uni, mais se borne à maintenir séparé ce que les parties avaient constamment distingué dans leur pensée (Cass. 26 août 1868, — 4 mai 1869). Il est seulement assez difficile, dans bien des cas, de démêler l'intention exacte des parties, et, si l'espèce précédente nous montre un exemple de dédoublement d'un acte en deux parties distinctes, le contraire a été parfois décidé.

On a regardé également comme une dation en paiement pure et simple l'acte par lequel un père donnait à ses enfants des biens pour les remplir de ce qu'il leur devait, par exemple, pour leur payer les reprises de leur mère prédécédée.

Au civil, la Cour de Colmar, par arrêt du 10 mai 1865 (Sir. 65, 2, 300), a déclaré qu'il n'y avait pas partage d'ascendants, lorsque des enfants divisaient entre eux et à leur gré les biens de leur père décédé, ainsi que la fortune personnelle de leur mère, qui la leur a abandonnée, par le même acte, en se réservant une rente viagère, mais sans intervenir dans les opérations de partage. Cette décision peut être exacte, lorsqu'il s'agit de rechercher les effets du partage fait par les enfants, au point de vue notamment de la prescription de l'action en nullité, mais elle ne devrait pas être suivie trop servilement en matière fiscale. On verra en effet que le fait de faire abandon de ses biens à ses enfants, avec simple attribution de quotités, constitue un partage anticipé devant profiter de la réduction de droits consentie par la loi de 1824. La part prise par l'ascendant au partage ne doit donc pas entrer en ligne de compte lorsqu'il s'agit de décider s'il y a eu partage ou simplement donation ordinaire.

On a déjà vu dans l'ancien droit une jurisprudence

analogue à propos des démissions de biens. Si l'importance des réserves faites par le démettant excédait celle des biens démis, on considérerait qu'il n'y avait plus démission, malgré le nom donné à l'acte, mais bien donation par les descendants à l'ascendant, et l'on percevait en conséquence.

Actes ayant reçu une autre qualification que celle de partage — 2° Inversement, un acte peut être réellement un partage d'ascendants, et doit bénéficier du tarif de faveur établi pour cette nature de contrats, alors qu'il porte une autre qualification. On peut en trouver des exemples nombreux dans la jurisprudence. En effet, le donateur n'est pas obligé de déclarer qu'il fait un partage d'ascendants, qu'il entend se conformer aux articles 1075 et suivants du Code civil; il suffit qu'en fait l'acte qu'il a passé contienne tous les éléments intrinsèques du partage, bien qu'un autre nom lui ait été donné. C'est au receveur qu'il appartient de discerner la nature juridique du contrat, qui lui est présenté, d'après ses clauses et les parties seraient en droit de lui reprocher de ne l'avoir pas fait, pourvu bien entendu que l'examen seul du contrat lui ait permis de le faire, sans le secours d'autres actes indépendants du premier.

Ainsi, quand une veuve abandonnait à ses enfants, à charge de la loger et de la nourrir, la moitié lui revenant des meubles de communauté, sans mentionner les articles 1075 et 1076 du Code civil, l'acte passé n'en reconstituait pas moins un partage d'ascendants.

Doit de même être considéré comme un partage anticipé, l'acte par lequel des parents donnent tous leurs biens à un seul enfant, à charge d'acquitter leurs dettes, de les loger et entretenir leur vie durant, et de payer aux

autres enfants qui acceptent, soit leur part entière, soit leur réserve seulement. Quoique l'acte présente l'apparence d'une donation ordinaire avec charges, la nature des charges, l'intervention des héritiers présomptifs pour recevoir ce qui est en réalité une soulte payée par le donataire unique, tout contribue à faire voir dans le contrat intervenu un partage d'ascendants effectué sous la forme d'une licitation au profit d'un seul enfant. Il en est surtout ainsi quand les parents, pour motiver leur abandon de biens, ont invoqué leur grand âge, leur incapacité de travailler, et la difficulté qu'ils éprouvaient à acquitter leurs dettes, c'est-à-dire précisément les motifs qui se rencontrent fréquemment dans les partages d'ascendants.

Un contrat de mariage peut dissimuler un partage d'ascendants. Cela était fréquent dans l'ancien droit, où, dans certaines provinces, par exemple en Bretagne, on donnait tout à l'aîné, à charge de partager ses frères et sœurs. Aujourd'hui encore, le tribunal de Péronne (17 août 1860) a vu un partage d'ascendants dans une stipulation semblable faite par contrat de mariage, et contenant donation au futur de divers biens à charge de payer aux autres enfants une somme représentant leur part dans ces biens. Il convient de remarquer que, dans ce cas et par suite de la forme adoptée, la stipulation pour autrui étant permise comme charge d'une donation, l'administration serait en droit de percevoir sur le contrat de mariage, qui contient forcément l'acceptation du donataire principal, les droits dus pour la totalité du partage d'ascendants, sans avoir à se préoccuper de l'acceptation des autres enfants.

Enfin il peut y avoir partage, même si les parties ont appelé le contrat qu'elles ont passé d'un autre nom, l'ont qualifié, par exemple, de bail ou de vente, ou l'ont grevé

de charges assimilables à un prix de vente. La Cour de Cassation l'a admis au civil par un arrêt du 14 novembre 1816, en décidant qu'il ne fallait pas se préoccuper du prix, qui aurait pu être stipulé en apparence par les contractants, ce prix pouvant n'être en réalité qu'une charge du partage. Un second arrêt a été rendu dans le même sens le 4 décembre 1839 (Sir. 40, I, 43), et application en a été faite au droit fiscal par un arrêt du 9 août 1848 (Sir. 48, I, 663), qui a regardé comme partage anticipé, parce qu'il n'apparaissait d'aucune circonstance ni d'aucune stipulation, que les parties eussent fait un acte à titre onéreux, un contrat contenant donation d'un immeuble rapportant 9.000 francs et de reprises fixées à 80.000 francs, à charge de payer une somme de 120.000 francs et de servir une rente viagère de 30.000 francs. C'est surtout une décision d'espèce, la Cour ayant considéré que l'importance des charges imposées aux donateurs n'en laissait pas moins subsister la donation-partage.

DES PERSONNES ENTRE LESQUELLES PEUT AVOIR LIEU LE
PARTAGE D'ASCENDANTS

Le partage doit être fait au profit des héritiers présomptifs. — La loi du 16 juin 1824 n'a établi une diminution de tarif que pour les actes faits conformément aux règles du Code civil sur les partages d'ascendants; le renvoi qu'elle fait aux articles 1075 et 1076 l'indique suffisamment, et les termes qu'elle emploie pour désigner le partage d'ascendants, « donation portant partage » n'ont pas eu pour but d'ajouter ou de retrancher quoi que ce soit à la définition de ce partage, ainsi que le montre la discus-

sion de la loi. C'est donc au Code qu'il faut se reporter pour savoir au profit de qui peut être fait un pareil partage, et il ne restera plus qu'à appliquer la solution qu'il donne au droit fiscal. La simplicité de cette règle n'a pas empêché cependant la naissance de controverses nombreuses, qu'il convient d'examiner, et qui se rapportent à trois hypothèses principales, savoir : celle du concours des enfants et des petits enfants, celle d'un enfant unique et celle de l'omission d'un enfant.

Je commencerai par rappeler qu'en droit civil la jurisprudence et la doctrine paraissent d'accord, pour admettre que le partage d'ascendants ne peut être fait qu'au profit des héritiers présomptifs de l'ascendant et dans la proportion de leurs droits successifs. Peu importe d'ailleurs le degré de parenté entre l'ascendant et ses descendants. Cette règle se trouvait déjà dans la démission de biens, laquelle, dit Bosquet (V. Insinuation), ne pouvait valoir que comme donation ordinaire, si elle intervertissait l'ordre des successions. La conséquence à tirer de cette règle est que le tarif d'un pour cent ne devra être appliqué qu'à une donation faite au profit de ceux qui seraient appelés à la succession du donateur, si celui-ci était décédé le jour de l'acte. A ce point de vue, des petits enfants peuvent concourir avec des enfants, s'ils représentent leurs parents prédécédés, ou même intervenir seuls, s'il n'y a plus de descendants du premier degré. Rien de plus naturel que cette interprétation du Code et de la loi de 1824 ; la nature même du tarif nouveau, qui n'est autre que celui des successions, indique qu'on a eu en vue une libéralité faite dans l'ordre de successibilité, mais seulement anticipée. Il semble même que, si des doutes avaient jamais pu surgir à ce propos dans l'interprétation du Code civil, la loi de 1824 aurait dû les faire disparaître,

car elle ne peut s'expliquer, que s'il s'agit d'un règlement anticipé de la succession de l'ascendant (Naquet. *Traité d'enregistrement*, II, p. 417 et s.). Néanmoins, il n'en a pas été ainsi. Sans faire attention aux mots de l'article 3 de la loi de 1824 : « ainsi qu'il est réglé pour les successions en ligne directe », dont on a prétendu restreindre la portée au seul tarif, et contrairement à la théorie alors dominante, qui ne voyait dans le partage qu'un souvenir de la démission de biens, qu'une ouverture fictive de la succession du donateur, même en droit civil, on a soutenu que la loi de 1824, ne renvoyant qu'aux articles 1075 et 1076, devait s'entendre restrictivement, qu'elle n'avait pas voulu favoriser uniquement les partages d'ascendants proprement dits, faits en conformité de l'ensemble des règles du Code, mais aussi tous ceux qui rentraient dans la formule de l'article 1075, c'est-à-dire ceux qui étaient faits au profit des enfants et descendants d'une manière générale. Il n'était plus nécessaire que les bénéficiaires de la libéralité fussent héritiers présomptifs de l'ascendant. Ce système n'a pas triomphé devant la jurisprudence, qui l'a combattu énergiquement sous ses divers aspects. Il a été soutenu à l'origine par Championnière et Rigaud (VI, 555-557), mais la plupart des auteurs le critiquent, tant au point de vue civil qu'au point de vue fiscal. Demolombe remarque notamment (T. 22-707) que, quand l'ascendant donne ses biens à ceux de ses descendants, qui ne peuvent, ni de leur chef, ni par représentation, lui succéder, l'attribution faite ne saurait être distributive, d'après le vœu de l'article 1075; elle n'est et ne peut être que dispositive, c'est-à-dire constitue une donation entre vifs ou un legs ordinaire, comme si elle avait été faite au profit d'un étranger. L'égalité des vocations héréditaires entre les enfants fait défaut, car l'ascendant n'avait aucune égalité

à garder entre les descendants qui ne sont pas ses héritiers. La Cour de Douai a reconnu formellement ce principe par un arrêt du 10 novembre 1853. En droit fiscal, on rencontre un très grand nombre de décisions judiciaires qui s'appliquent, soit au cas où des petits enfants concourent avec des successibles, soit au cas où la donation est faite directement aux petits enfants, *omisso medio*. Dans ce dernier cas, on peut remarquer que, l'article 791 du Code civil interdisant de renoncer à la succession d'une personne vivante, le concours des descendants du premier degré à la donation est sans valeur et ne peut faire considérer les donataires comme étant, aux lieu et place de leurs auteurs, les successibles directs du donateur. Il faut même aller plus loin, et dire que si, moins de deux ans après l'enregistrement de la donation-partage, c'est-à-dire avant que les demandes en restitution ne soient prescrites, l'ascendant donateur venait à décéder et que ses enfants renonçassent à la succession, les petits-enfants ne pourraient invoquer cette renonciation pour se faire restituer les droits perçus. L'existence du renonçant ayant été dûment constatée lors du partage, les droits de donation ordinaire ont été régulièrement perçus, et la loi de frimaire n'en permet pas la restitution. Il faudrait donner la même solution, si les petits enfants devenaient postérieurement au partage, les successibles directs du donateur par un autre moyen, par exemple par le prédécès de leur auteur.

De nombreuses décisions judiciaires ou administratives sont survenues dans la pratique; certaines même sont fort récentes, ce qui montre que la controverse n'est pas encore complètement apaisée.

Dès le début, et malgré l'administration, un arrêt important de la Cour de Cassation du 30 décembre 1834

(Sir. 35, 1, 182) décide qu'un acte par lequel un père, partageant ses biens entre ses enfants, donnait la quotité disponible à un de ses petits-fils, est pour le tout un partage d'ascendants, attendu que la faculté accordée aux parents par le Code comprend nécessairement celle de distribuer leurs biens, *omisso medio*, à tous leurs descendants, en respectant les proportions et limites que la loi a prescrites. Même avec ses restrictions et en ne l'appliquant qu'à la seule quotité disponible, la théorie de la Cour était inexacte, car elle reposait sur une simple affirmation qu'il eût fallu démontrer, à savoir que le Code considérerait comme un partage d'ascendant pour le tout une donation faite en partie à des non-successibles. Il se produisit des résistances, qui eurent pour but d'amener une nouvelle fois la question devant la Cour suprême. L'administration refusa notamment d'appliquer la loi de 1824 à un acte par lequel une mère, ayant deux enfants dont un célibataire, avait partagé ses biens de leur consentement entre les enfants de celui qui était marié (Décision du 16 mars 1839).

Mais c'est surtout autour d'une hypothèse particulière que la controverse s'est concentrée. L'administration ayant réussi à faire écarter du bénéfice de la loi de 1824 les donations faites à un enfant unique, comme on le verra un peu plus loin, sous le prétexte qu'il n'y a pas alors partage, les parties ont immédiatement cherché à éluder cette règle, en donnant leurs biens tant à leur enfant unique qu'aux enfants de celui-ci et en les partageant entre eux. De cette façon il y avait bien partage ; les querelles entre enfants à la mort du donateur n'étaient plus possibles, et comme la Cour de Cassation avait considéré comme rentrant dans les termes de l'article 1075 les donations faites même à des non-successibles,

on réclamait l'application de la loi de 1824 au contrat intervenu. Cette demande ne fut pas favorablement accueillie, car les tribunaux et surtout l'administration y virent moins l'exercice d'un droit consacré par l'arrêt de 1834, qu'une tentative pour tourner la loi en cas d'enfant unique par une donation même minime faite à un petit-enfant.

La question revint devant la Cour de Cassation, qui changea sa jurisprudence par quatre arrêts successifs rendus de 1847 à 1849, en thèse générale, et nullement fondés sur cette circonstance que les libéralités faites aux petits-enfants étaient minimales et n'avaient pour objet que d'éviter le tarif des donations ordinaires, ainsi que le fait très bien remarquer M. Garnier (Rép. Gén., 12565, I), bien qu'en fait il se soit toujours agi d'enfants uniques.

Le premier arrêt du 4 janvier 1847 (Sir. 47, 1, 117) concerne une donation, faite à une fille unique, de 600.120 francs de meubles et d'immeubles et de l'usufruit d'un domaine de 11.000 francs, dont la nue-propriété était attribuée à l'enfant de la donataire ; l'intervention de ce dernier avait évidemment pour but de placer le contrat sous l'empire de la loi de 1824 : « Attendu que la loi suppose un partage, une distribution de biens entre deux ou plusieurs descendants ; que dans l'espèce, de Chauffailles n'avait qu'une fille unique, ce qui excluait toute idée de partage et de distribution entre successibles ; attendu que l'enfant de cette fille unique n'était point, du vivant de celle-ci, héritier présomptif de l'ascendant donateur ; qu'ainsi la loi ne l'appelant pas au partage de la succession, ce n'est pas avec lui que pouvait avoir lieu le partage anticipé de cette succession, autorisé par les art. 1075 et 1076 Civ. entre les enfants ou descendants du

donateur; que dès lors les deux donations distinctes faites successivement à la mère et au fils... étaient soumises au droit proportionnel établi par l'art. 69, § 4, n° 1 et § 6, n° 2 de la loi du 22 frimaire an VII pour les donations ordinaires en ligne directe. »

Une seconde décision du 26 janvier 1848 (Sir. 48, 1, 245) était relative à la donation faite par un ascendant des onze douzièmes de ses biens à sa fille unique et du dernier douzième à son petit-fils.

Le troisième arrêt du 5 juin 1848 (Sir. 48, 1, 507) concerne une donation faite par un père à sa fille unique de tous ses immeubles avec attribution de la nue-propriété de l'un d'eux aux trois enfants de la donataire. « Attendu qu'un partage implique le fait d'une distribution de biens entre deux ou plusieurs copartageants successibles; et attendu, en fait, que, dans l'espèce, Mathieu n'avait qu'une fille unique, ce qui excluait toute idée de partage et de distribution entre successibles, les enfants de cette fille unique n'étant pas les héritiers successibles de leur aïeul durant la vie de leur mère ».

Le dernier arrêt du 12 mars 1849 (Sir. 49, I, 437) s'applique à une espèce semblable à la seconde citée, sauf que la portion de biens donnée au petit-enfant n'était plus que d'un treizième: « Attendu que la défenderesse était fille unique de la dame Gaillot, qui lui avait fait la donation de ses biens, meubles et immeubles, portés en l'acte litigieux, ce qui excluait toute idée de partage; attendu que les enfants de cette fille n'étaient pas, du vivant de leur mère, héritiers présomptifs de ladite dame Gaillot, et qu'ainsi la loi ne les appelait pas au partage de la succession; attendu que, dès lors, la donation en numéraire auxdits enfants comprise au même acte n'a pu donner audit acte le caractère d'un

partage rentrant dans l'application de l'art. 1075 Civ., et, par suite, dans celle de l'art. 3 de la loi du 16 juin 1824 ». Comme on peut le voir, la Cour a admis pleinement le rapport intime existant entre la loi de 1824 et le Code civil.

La donation peut avoir été faite directement aux petits-enfants avec ou sans le consentement de leur auteur, qui peut même s'être réuni au donateur pour opérer avec lui le partage de ses biens propres entre ses enfants. Comme les petits-enfants ne sont pas successibles du donateur au jour du partage, celui-ci n'a pu leur faire qu'une donation ordinaire, et la loi de 1824 n'est pas applicable. Et cependant l'acte intervenu peut à posteriori devenir un véritable partage anticipé, si l'héritier présomptif prédécède ou est indigne de succéder à l'ascendant ; mais ce n'est là qu'une éventualité incertaine, que la loi n'a pas prévue et qui n'est pas suffisante pour autoriser une exception au droit commun. C'est ce qu'a décidé un arrêt de la Cour de Cassation du 21 juillet 1851 (Sir. 51, 1, 617) : « Attendu, dit la Cour, qu'il suit des termes formels de la loi que la réduction dont il s'agit ne s'applique qu'aux donations, qui, par une sorte de succession anticipée, opèrent la transmission et le partage des biens du donateur entre ses enfants ou descendants qui, lors de ces actes, sont ses héritiers présomptifs et successibles ».

M. Réquier, dans son *Traité du partage d'ascendants* (n° 120), remarque avec raison dans le même sens que la loi est fondée sur l'ancienne fiction, qui réputait les enfants co-propriétaires des biens paternels du vivant de leur père, et que cette fiction ne s'applique évidemment qu'aux descendants qui sont héritiers présomptifs du disposant, au moment où le partage est fait, et par

conséquent ne peut être étendue aux petits-enfants issus d'un enfant qui existe encore.

Même quand il y a plusieurs enfants entre lesquels le partage est fait concurremment avec des petits-enfants, il peut ne pas y avoir lieu à l'application de la loi de 1824, si un seul des enfants reçoit en réalité des biens effectifs provenant du patrimoine de l'ascendant, la part des autres n'étant qu'éventuelle ou ne comprenant que des biens pour lesquels il n'y a pas dessaisissement immédiat et actuel, condition indispensable pour la validité du partage. En effet, il n'y a donation à titre de partage qu'au profit d'un seul enfant, et, au moins d'après la thèse soutenue par l'administration, le droit de donation ordinaire est seul exigible dans ce cas. Une solution du 25 mai 1872 a suivi cette doctrine pour l'enregistrement d'un acte, contenant donation par un père à sa fille de la nue-propriété de la moitié de ses immeubles, à sa petite fille de la nue-propriété de l'autre moitié et à son fils, père de cette petite-fille, de l'usufruit de la part de celle-ci, mais pour en jouir seulement au décès du donateur, qui se l'était réservé. En effet, la petite-fille ne peut venir au partage, le fils n'avait qu'un droit éventuel (incompatible avec le dessaisissement actuel du donateur), en sorte qu'en réalité la fille restait donataire unique.

Petits-enfants attributaires de la quotité disponible. — Si les petits-enfants ne peuvent intervenir au partage comme successibles, ils peuvent au moins, dit-on, y participer comme attributaires de tout ou partie de la quotité disponible. L'ascendant n'est obligé de donner à ses héritiers présomptifs qu'une fraction de son patrimoine ; il dispose librement du surplus, et peut conséquemment appeler au partage qui bon lui semble. S'il y ap-

pelle ses petits-enfants, il n'enlève pas à sa libéralité le caractère de partage, et de partage, pour le tout, car l'acte rentre dans les termes de l'article 1075 comme dans ceux de la loi de 1824; il ne comprend que des enfants et descendants. On ne peut plus objecter que l'ordre des successions a été interverti, qu'il n'y a, par conséquent, pas délation de succession anticipée, car les héritiers présomptifs ont reçu tout ce que la loi leur permettait de réclamer. L'égalité entre eux a été respectée pleinement, et l'ascendant a partagé sa succession de son vivant comme il aurait pu le faire par testament. Le droit de succession, dû dans ce dernier cas pour toutes les attributions faites, doit être également applicable à toutes les dispositions de la donation-partage. La Cour de Cassation avait précisément statué dans ce sens par son arrêt précité du 30 décembre 1834. Mais ce système n'est pas conforme à la loi, et doit être condamné. La pratique d'ailleurs l'a abandonné depuis les arrêts de 1848-49, qui ont amené un revirement complet dans la jurisprudence. L'attribution faite aux petits-enfants ne doit nullement bénéficier du tarif de faveur de la loi de 1824. Il ne s'agit pas de successibles, et le partage ne peut être fait qu'au profit de successibles. Les mots enfants et descendants n'ont pas d'autre signification; ils ne concernent nullement les descendants non-successibles; ceux-là sont de véritables étrangers. Pourquoi d'ailleurs favoriser une disposition, qui en définitive porte préjudice aux enfants héritiers présomptifs, et qui en outre a pour but d'éviter une mutation? Il n'y a aucun motif juridique pour considérer les petits-enfants autrement que les étrangers, même s'ils ne sont attributaires que de la quotité disponible.

La vérité est que l'acte doit être décomposé en deux par-

ties distinctes. Il contient et un partage entre les héritiers présomptifs, et une libéralité, au profit des autres descendants, laquelle ne peut être qu'une donation ordinaire. Rien ne s'oppose à une pareille décomposition ni en droit civil, ni encore moins en droit fiscal. La disposition faite au profit des petits-enfants est absolument indépendante du partage ; si celui-ci tombait, la libéralité subsisterait. La volonté de l'aïeul n'a pu donner aux petits-enfants une vocation héréditaire, qu'ils n'avaient pas de leur chef, et s'ils interviennent à l'acte, c'est comme donataires et nullement comme copartagés. Pas de garantie, pas de rescision possible entre eux et les héritiers légitimes. Le contrat qui a été passé ne peut donc être considéré comme un pacte de famille dans son ensemble ; le droit d'un pour cent est exigible sur les lots des enfants, et le droit de donation ordinaire sur la part des autres descendants. Ainsi un acte par lequel les père et mère attribuent à un enfant donataire l'usufruit seulement de son lot, en déclarant donner la nue-propriété aux enfants de ce donataire, n'est un partage anticipé qu'à l'égard de l'usufruit, mais constitue relativement à la nue-propriété une donation ordinaire. M. Garnier (Rép. gén., 12570) semble cependant admettre que, dans certains cas, la donation faite à un petit-enfant pourra être si bien fondue et unie avec les autres dispositions du partage, qu'elle fera pour ainsi dire corps avec lui, et que l'acte restera partage pour le tout, d'autant plus que, d'après l'article 847 du Code civil, la donation faite au fils du successible est en quelque sorte faite à l'héritier lui-même. Cette opinion repose sur une distinction bien difficile à appliquer, et qui n'est nullement justifiée, car en droit la situation des petits-enfants restera toujours la même, quels que soient les termes de l'acte, et quant à

l'article 847, qui a simplement pour but de régler une question de rapport, il s'interpréterait plutôt contre le fils du successible que pour lui.

Donation précipitaire à un successible. — Il ne faudrait aller trop loin avec la doctrine précédente, et l'étendre par analogie au cas où la donation précipitaire est faite à un successible. Sans doute cette donation a bien quelque chose d'indépendant vis-à-vis du partage, et en particulier elle survit à sa rescision. Mais il est difficile de soutenir que l'on ne se trouve plus dans le cas prévu par l'article 1075. C'est un héritier présomptif qui reçoit le disponible. En accordant à l'ascendant le pouvoir de partager ses biens entre ses héritiers, la loi n'a pas entendu restreindre ses pouvoirs de libre disposition de son patrimoine dans les limites qu'elle a elle-même fixées ; elle ne lui impose pas l'obligation de respecter aveuglément une égalité, qu'il pourrait violer partiellement par testament. Aucun texte n'autorise une semblable interprétation. Il faut au contraire admettre, avec la doctrine et la jurisprudence, que l'ascendant ne doit à chacun de ses enfants que sa réserve et peut donner le disponible à l'un d'eux seulement. L'acte n'en conserve pas moins le caractère de partage anticipé pour le tout, et le droit d'un pour cent est seul exigible. L'article 1079 suppose même expressément qu'une disposition précipitaire a été faite, et ne la réduit que si elle excède la quotité disponible. Si des doutes ont pu s'élever à ce sujet, un arrêt de la Cour de Cassation, intéressant d'ailleurs à d'autres égards, est de nature à les dissiper complètement (23 avril 1867. — Sir. 67, 1, 264) : « Attendu que, par contrat de mariage du 5 janvier 1861, la veuve Firn, en faisant donation par préciput à Jacques Firn, son fils, des

immeubles qui composaient la totalité de son patrimoine, a stipulé : 1° que le donataire sera tenu de faire état, en raison de cette donation, d'une somme de 6.000 francs ; 2° qu'en déduction de cette somme, le donataire devra payer, à la décharge de la donatrice, la somme de 2.434 fr. 55, formant le montant de la fortune paternelle mobilière que la donatrice est restée devoir à ses six enfants par portions égales ; 3° que le donataire sera, de plus, tenu de payer à la donatrice une somme de 565 fr. 45 ; 4° que, quant aux 3.000 francs formant le surplus du prix d'estimation, la donatrice entend partager cette somme par portions égales entre ses six enfants, de sorte que le donataire retiendra pour sa propre part la somme de 500 francs, et qu'il sera tenu de payer à chacun de ses frères et sœurs une pareille somme de 500 francs ; attendu que cet acte, qui a pour objet de liquider et d'estimer l'actif net du patrimoine de la donatrice, et d'en faire la répartition entre tous ses enfants, suivant leur part héréditaire, en attribuant à l'un d'eux par préciput la totalité de ses immeubles, et en attribuant aux autres des sommes déterminées correspondant à leur part virile dans la valeur estimative de ces immeubles, contient tous les caractères d'un partage anticipé avec soultes, quelle que soit, d'ailleurs, la dénomination que les parties ont voulu lui donner ; ... attendu que, d'après l'article 1079, les dispositions faites par préciput au profit de l'un des copartagés ne changent pas le caractère du partage anticipé. » Je ferai remarquer que le partage visé par l'arrêt contient un exemple d'une donation faite à un seul enfant, et acceptée par lui seul, et pour laquelle les droits sont immédiatement exigibles pour la totalité de ses dispositions, car d'après la forme donnée à l'acte, l'acceptation du donataire principal équivaut, au moins à

l'égard de la Régie, à l'acceptation de tous les autres bénéficiaires.

Institution contractuelle au profit d'un petit-enfant non successible. — Une question assez délicate se pose à propos de l'institution contractuelle. Le donataire contractuel acquiert, en effet, des droits sur la succession du donateur ; à beaucoup d'égards, il est assimilé à un héritier à réserve. Il aurait incontestablement le droit de faire réduire un partage anticipé lui portant préjudice, car ce partage est une disposition à titre gratuit. Supposons que l'institué soit un petit-enfant du donateur, mais sans être son héritier présomptif. Que faut-il décider, si le donateur, en faisant le partage anticipé de ses biens, y a compris pour la part proportionnelle lui revenant dans son patrimoine le donataire contractuel ? Celui-ci sera-t-il un copartagé, ou bien un donataire ordinaire ? Il est assez rigoureux d'écarter ici l'application de la loi de 1284, car l'ascendant se trouve en quelque sorte obligé d'appeler son descendant au partage, de peur de voir des difficultés s'élever à son décès. A la rigueur, satisfaction est donnée à l'article 1075, car il s'agit d'un descendant et ce descendant, tout comme un héritier présomptif, a droit à une part de la succession, et doit intervenir au partage définitif de celle-ci. Peut-être, si la loi eût pensé à cette situation, eût-elle mentionné l'institué contractuel parmi ceux au profit desquels le partage peut avoir lieu, surtout lorsque c'est un descendant ? Mais elle n'a statué que *de eo quod plerumque fit*, et comme le partage anticipé est une institution exceptionnelle, il n'y a pas lieu de l'étendre. La donation contractuelle est plutôt une disposition testamentaire, un legs, qu'une donation entre vifs. Le donataire intervient au partage comme léga-

taire, et non comme successible. Il n'a rien à prétendre du vivant du donateur et ne peut se plaindre, si celui-ci laisse des biens suffisants pour le remplir de ses droits. L'institution, émanée de la volonté du donateur, ne crée pas un héritier légal; elle permet seulement à l'institué de venir au partage, mais elle ne peut porter préjudice aux héritiers naturels qui, seuls, peuvent prendre part à la donation-partage; celle-ci, dit le *Dictionnaire des Rédacteurs*, est moins une libéralité qu'une division entre personnes tenant leurs droits préexistants de la loi. C'est en ce sens que s'est prononcée l'administration par une solution du 6 décembre 1867 : « Attendu que l'institution contractuelle n'avait conféré à la donataire aucun droit *actuel* sur les biens du donateur, qui conservait même la faculté d'en disposer de son vivant à tout autre titre qu'à titre gratuit (art. 1083 Civ.); elle lui permettait simplement de venir au partage, lors de l'ouverture de la succession de l'instituant, en qualité de légataire, et non comme successible. »

S'il résulte de ce qui précède, que le partage d'ascendants ne peut être fait qu'au profit des enfants ou descendants, qui sont les successibles de l'ascendant au moment où il a lieu, il faut cependant se garder d'interpréter trop restrictivement le mot enfants; on doit au contraire lui donner toute l'extension dont il est juridiquement susceptible, comme le montrent les espèces suivantes.

Enfant conçu. — Un enfant conçu, mais non encore né au moment de la donation, peut parfaitement être compris dans un partage anticipé en vertu de la règle consacrée par l'article 906 Civ. : *Infans conceptus pro nato habetur, quoties de commodis ejus agitur*. La donation faite est très valable et doit bénéficier du tarif

réduit. Elle peut seulement se trouver résolue dans le cas où l'enfant ne naîtrait pas viable, mais cette nullité éventuelle ne peut empêcher la perception, d'après la teneur actuelle de l'acte. Il se peut qu'on ait prévu le cas de non-viabilité de l'enfant, et stipulé en conséquence que les autres enfants recueilleront les biens attribués à l'enfant simplement conçu. S'il y a plusieurs autres enfants, pas de difficulté, ils recueilleront ces biens, toujours à titre de partage d'ascendant, et le droit qui a été perçu à l'origine s'appliquera à la mutation survenue, qui rétroagira au jour de la donation ; la première se trouvera résolue et sera censée n'avoir jamais existé. Si, au contraire, il n'y a qu'un enfant unique, comme la jurisprudence n'admet pas la possibilité d'un partage d'ascendants fait au profit d'un seul enfant, la donation se transformera en libéralité ordinaire et sera passible du droit de donation. Seulement on imputera sur ce droit celui d'un pour cent, qui a déjà été perçu. La prescription pour ce supplément de droit sera celle du droit commun, c'est-à-dire de trente ans. Telle est la solution que donne un arrêt de la Cour de Cassation du 26 février 1868 (Sir. 68, I, 229).

Enfant naturel. — Un enfant naturel reconnu peut aussi intervenir au partage. Le donateur doit même le comprendre dans sa libéralité, car, quoiqu'il ne soit pas, au sens strictement juridique du mot, un héritier, il a cependant droit à une réserve dans la succession de son auteur, réserve qui consiste dans une partie aliquote de cette succession. Une délibération du 10 mars 1835, prise conformément à l'opinion de presque tous les auteurs, a très régulièrement décidé qu'un partage, fait entre un enfant légitime unique et un enfant naturel reconnu, avait droit au bénéfice de la loi de 1824, et cela pour le tout,

même pour la part de l'enfant naturel. A l'enfant naturel il faudrait assimiler ses enfants légitimes, qui le représentent lorsqu'il est prédécédé. En revanche, si la libéralité de l'ascendant s'adressait aux enfants naturels même reconnus de son propre enfant naturel, comme la loi ne reconnaît à ceux-ci aucun droit de succession sur les biens de leur aïeul, on devrait les considérer comme étrangers, et appliquer le droit de donation entre étrangers, c'est-à-dire neuf pour cent. Il en serait de même s'il s'agissait des enfants naturels d'un enfant légitime.

Enfant adoptif. — Pour les enfants adoptifs, comme ils ont les droits des enfants légitimes, ils peuvent sans aucun doute prendre part à une donation-partage faite par l'adoptant entre eux et des enfants légitimes. L'adoptant pourrait même faire un partage uniquement entre ses enfants adoptifs, s'il en avait plusieurs. L'acte n'en bénéficierait pas moins du tarif fixé par la loi de 1824.

Enfant unique. — J'arrive maintenant à l'hypothèse d'une donation-partage faite au profit d'un enfant unique. Peu importe que le donateur ait d'autres enfants, s'ils ne prennent point part à la libéralité. Celle-ci pourra-t-elle profiter du tarif d'un pour cent et des autres faveurs établies par la loi au profit du partage anticipé? Il faudra, bien entendu, que l'intention du donateur, de faire une démission de biens, soit clairement établie et que l'acte ne contienne aucune clause, qui soit incompatible avec les caractères essentiels de la donation-partage. Même en supposant toutes ces conditions remplies, à première vue on est tenté de répondre par la négative à la question posée. En effet, on ne conçoit pas un partage anticipé sans partage, ni un partage sans copartageants. La loi

de 1824 mentionne expressément les donations *contenant partage*, et M. de Chabrol, lors du vote de cette loi, ne parlait que du partage entre enfants. Le but du partage d'ascendants, disait Jaubert, a été d'établir l'ordre dans les familles; il suppose une distribution, ce qui est impossible, lorsqu'il y a un seul donataire. M. Garnier (*Rép. Gén.*, 12,567) fait remarquer que la conséquence naturelle de la faculté, qui est accordée à l'ascendant d'anticiper l'ouverture de sa succession, pour la distribuer entre ses enfants, a été, dans l'esprit du législateur, d'assurer la paix des familles, en enlevant tout prétexte aux divisions intestines que pourraient faire naître des intérêts rivaux. Mais la magistrature domestique, dont les art. 1075 et suiv. Civ. ont investi l'ascendant, n'a plus de raison d'intervenir du moment que, la succession devant être déférée à un seul enfant, les prévisions de la loi restent sans objet. Malgré l'importance des considérations qui précèdent, je crois, avec Championnière et Rigaud, que la libéralité faite au profit d'un enfant unique peut être considérée comme un véritable partage d'ascendants. D'abord, j'écarterai l'argument tiré de la loi de 1824, dont les termes ont si peu la prétention de définir le partage d'ascendants, qu'elle renvoie sur ce point au Code civil; cette loi d'ailleurs n'a parlé que *de eo quod plerumque fit*. Ensuite, faire du partage un élément essentiel de la donation prévue par les articles 1075 et 1076 Civ., c'est se laisser aveugler par une question de mots et de titre, c'est donner à ces mots plus d'importance qu'à la réalité des choses. Sans doute, le partage anticipé a été introduit dans le Code pour permettre aux ascendants d'éviter des querelles après leur décès entre leurs héritiers. Mais ce motif, qui s'applique surtout au partage testamentaire, n'est pas suffisant pour expliquer le partage entre vifs, le seul dont il soit ques-

tion en ce moment. L'ascendant a voulu surtout faire une libéralité, ouvrir par anticipation sa succession, mettre ses descendants en mesure de jouir immédiatement de ses biens et de les faire valoir mieux qu'il ne le pouvait faire personnellement. Qu'importe à cet égard le nombre des descendants ! Quand il y aura plusieurs enfants, un partage accompagnera la donation, parce que l'indivision est un état fâcheux, qu'on doit faire cesser le plus tôt possible, lorsqu'il est la conséquence inévitable d'un décès, mais qu'il est inutile de laisser naître, lorsque la mutation résulte d'un acte volontaire. Rien n'indique cependant qu'un pareil partage soit un élément essentiel de la donation-partage, telle que le Code l'a organisée. Tout au plus pourrait-on le soutenir, lorsqu'il y a plusieurs enfants. Mais, lorsqu'il s'agit d'un enfant unique, ce qui est impossible, c'est évidemment le partage, mais ce n'est pas la donation-partage elle-même, car celle-ci est tout aussi nécessaire. Un de ses éléments seul a cessé d'être nécessaire, en devenant impossible. Décider le contraire, c'est oublier l'origine historique du partage d'ascendants. Le partage actuel a pour prototype presque exclusif la démission de biens et celle-ci, on l'a vu, ne comportait nullement le partage. C'était une simple délation anticipée de la succession du donateur, et elle pouvait se faire au profit d'un enfant unique, comme au profit de plusieurs descendants qui demeuraient indivis entre eux. D'ailleurs, si l'on n'a pas donné à la donation établie par le Code le nom de démission de biens, ce n'est nullement parce qu'on entendait lui attribuer un caractère entièrement distinct de celui de la démission, c'est uniquement pour ne pas paraître rappeler l'ancien régime, en conservant le nom d'une de ses institutions. Le Code nous fournit plusieurs exemples d'un pareil procédé. Si

maintenant, quittant le droit civil, je me place uniquement sur le terrain du droit fiscal, les raisons de considérer le partage anticipé fait au profit d'un seul enfant, comme une démission de biens, sont encore plus nombreuses. En effet, ce qui a inspiré le législateur quand il a fait la loi de 1824, celle de 1850, et celle de 1875, c'est cette idée que le partage devait être favorisé, parce qu'il engendrait une meilleure répartition des biens. Il a assimilé, pour l'impôt, le partage à une succession ouverte par anticipation. Le droit est le même, que la mutation résulte d'un décès ou d'une donation-partage. Que, pour attirer sur cette institution la bienveillance du législateur, on ait fait valoir l'intérêt qu'il peut y avoir à régler d'avance le partage d'une succession, rien de plus naturel, et cela explique parfaitement les paroles de M. de Chabrol. Mais on ne peut en conclure que cet intérêt ait été le motif prédominant des dispositions de faveur, dont jouit le partage d'ascendants. Tout montre, au contraire, comme je l'ai déjà indiqué en commençant cette étude, que ce motif a été l'analogie que présente le partage avec une succession. L'avantage, qu'éprouvent les descendants par la jouissance immédiate du patrimoine de leur auteur, est contrebalancé aux yeux de la loi par l'avantage qui résulte pour la société d'une meilleure utilisation des biens. S'il en est réellement ainsi, qu'importe le nombre des enfants prenant part à la libéralité, à la démission de biens ? Parce qu'un ascendant n'a qu'un seul enfant, il n'en éprouvera pas moins, à un moment donné, le désir, je dirai même la nécessité, de lui confier la gestion de son patrimoine. On ne conçoit pas, ni en droit ni en fait, de différence entre la situation de celui qui a plusieurs descendants, et la situation de celui qui n'en a qu'un, lorsque l'âge aura affaibli leurs forces. Si la démission faite

par le premier est jugée digne de faveur, celle du second doit l'être également, alors surtout que la cause de cette faveur fiscale est la mutation anticipée des biens, et non leur partage. L'administration ne peut guère venir prétendre ici le contraire, alors qu'elle reconnaît elle-même formellement, dans une autre circonstance, que le partage n'est nullement nécessaire pour l'application de la loi de 1824. En effet, elle a admis, non sans, il est vrai, avoir longtemps défendu la doctrine opposée, que, lorsqu'un ascendant donnait ses biens à ses enfants, il pouvait se borner à leur attribuer des parts indivises sans intervention d'aucun partage matériel et effectif. C'est là, comme on le verra, une solution propre au droit fiscal et que le droit civil repousse absolument. S'il en est ainsi, c'est donc que le partage n'est nullement un élément essentiel du partage anticipé. Celui-ci peut se composer uniquement d'une démission de biens pure et simple, et par conséquent être fait au profit d'un seul enfant. Il est, en effet, absolument contradictoire d'admettre, d'une part, que le partage est superflu, tant qu'il est possible à cause de l'existence de plusieurs donataires, et, d'autre part, de déclarer ce partage indispensable, au moment précis où il n'est ni possible ni nécessaire. Je pense donc que la loi de 1824 doit s'appliquer indépendamment du nombre d'enfants auxquels s'adresse le partage anticipé. Malheureusement, l'administration et la jurisprudence sont d'un avis opposé, et il serait superflu de chercher encore à plaider la question au point de vue pratique. Il ne me reste plus qu'à exposer comment s'est formée la doctrine que je viens de combattre, et sur quels précédents elle s'appuie actuellement.

Dès l'origine, l'administration décida que la loi de 1824 ne s'appliquait pas à une donation faite au profit d'un

enfant unique, et la Cour de Cassation se prononça en faveur de cette prétention le 13 août 1838 (Sir. 38, I, 715): « Attendu que la loi de 1824 ne s'applique qu'aux actes portant partage, conformément aux art. 1075 et 1076 Civ., faits par les père et mère et ascendants entre leurs enfants et descendants, et que, dans l'espèce, où l'acte du 9 août 1833 ne contient que la donation entre vifs de la nue-propriété d'un seul immeuble faite à un enfant unique, il n'y avait pas lieu d'invoquer la loi de 1824. » On trouve ensuite une longue série de décisions rendues dans le même sens, et en particulier un arrêt récent de la Cour suprême du 14 mai 1879 (Sir. 79, I, 383).

« Attendu que la disposition exceptionnelle de la loi de 1824 ne peut être étendue au-delà des termes dans lesquels elle est conçue; qu'ayant pour but de favoriser, dans un intérêt de paix et d'ordre publics, les partages anticipés faits du vivant et sous l'autorité du père de famille, elle implique nécessairement l'idée d'une distribution de biens entre plusieurs enfants successibles; que, dès lors, elle n'est point applicable au cas d'une donation faite à un enfant unique. »

Les ascendants n'ayant qu'un seul enfant et privés par la jurisprudence que je viens d'exposer du bénéfice de la loi de 1824, ont cherché, par divers moyens, à faire attribuer à leurs libéralités le caractère de partage anticipé; à cet effet, comme on leur reprochait surtout l'absence de partage, ils ont introduit plus ou moins artificiellement cet élément dans les donations qu'ils consentaient à leur descendant.

Substitution. — C'est ainsi qu'à une donation à un enfant unique on a superposé une substitution au profit de ses enfants nés et à naître, pour tout ou partie de la

quotité disponible, de manière à pouvoir opérer le partage entre les biens libres, et les biens grevés de substitution. Un pareil procédé pouvait s'autoriser de cette circonstance, que des partages de cette nature ont fréquemment lieu dans la pratique, lors de l'ouverture d'une succession grevée partiellement de restitution, afin de déterminer les biens dont le grevé ne pourra disposer au préjudice des appelés. Mais ce partage rentre-t-il bien dans les termes du Code? Nullement, car les appelés ne sont pas les héritiers présomptifs du disposant, et la donation qui leur est faite ne doit pas être traitée avec plus de faveur que celle faite à des étrangers. D'ailleurs, le partage entre le grevé d'une part, et les appelés de l'autre, ne fait pas disparaître toute indivision; il faudrait pour cela pouvoir partager également entre les appelés, ce qui est juridiquement impossible. Rien ne justifie donc l'application du tarif réduit, d'autant plus que le droit des petits-enfants est simplement éventuel, alors que celui du donataire est actuel et porte même sur la totalité des biens transmis, en sorte que le partage n'a d'intérêt que pour les actes de disposition, que pourrait faire le donataire, et ne l'empêche nullement d'administrer et de faire valoir les biens en toute liberté. La Cour de Cassation a consacré cette solution par un arrêt du 20 janvier 1840 (Sir. 1840, 1, 185) : « Attendu que, par la donation dont il s'agit, la princesse de la Moscowa a été seule investie de la propriété de l'immeuble donné, et que la donation qui lui a été faite a seule opéré, quant à présent, la mutation de propriété qui donne lieu au droit d'enregistrement de cette donation; qu'il suit de là, qu'alors même qu'on pourrait considérer l'acte dont il s'agit comme contenant un partage entre les enfants nés et à naître de la princesse de la Moscowa,

ce prétendu partage d'un droit éventuel ne saurait influencer sur la fixation du droit de mutation, auquel la donation faite au profit de la princesse de la Moscowa a donné ouverture. »

Enfants de plusieurs lits. — Parfois on a profité de l'existence d'enfants de plusieurs lits, avec un enfant unique pour l'un des lits, soit pour partager entre eux des biens, soit simplement pour faciliter un partage par une donation, que l'on voulait ainsi faire passer pour un partage anticipé. La solution à donner est souvent délicate et dépend beaucoup des circonstances. Il importe de se rappeler que l'acte intervenu n'est pas nécessairement indivisible, qu'il peut être considéré, partie comme une libéralité ordinaire, et partie comme un partage d'ascendants, et cela tant à l'égard des biens qu'à l'égard des bénéficiaires de la libéralité. Quelques exemples vont permettre de mieux se rendre compte de la manière dont il convient d'appliquer les principes généraux à chaque cas particulier. Je suppose d'abord l'existence de deux enfants uniques appartenant à chaque époux et nés d'un mariage antérieur. L'abandon qu'on leur fait de biens propres, indivisément ou non, n'est évidemment pas un partage anticipé, car l'enfant d'un époux n'a aucun droit sur les propres de l'autre; aucune indivision, et conséquemment aucun partage, n'est possible. Chaque enfant reçoit directement les biens de son auteur, comme s'il y avait eu des donations distinctes. Si la donation avait compris des biens de la seconde communauté, la question serait sujette à controverse. Elle sera examinée plus en détail, lorsque je parlerai des biens qui peuvent être compris dans un partage d'ascendants.

Ily a, en réalité, deux donations distinctes, le partage

de la seconde communauté devant s'analyser en un partage préalable fait entre les donateurs, et nullement entre les donataires, puis en une donation faite par chaque donateur à son descendant de la part qui lui est échue dans le partage. Il n'y a pas partage de présuccesion, car, en supposant le décès d'un des ascendants, les deux enfants des premiers lits ne se seraient pas trouvés en indivision relativement à la seconde communauté; il y aurait eu indivision entre l'ascendant survivant et entre l'enfant du prédécédé. Du reste, le partage ne serait possible que s'il était permis de partager une communauté avant qu'elle ne soit dissoute, et c'est ce que la loi interdit formellement, la femme ne pouvant abdiquer le droit de renoncer à la communauté. Néanmoins M. Garnier est d'un avis contraire, car chaque enfant du premier lit a sur la seconde communauté des droits identiques à ceux qu'il aurait, si les deux enfants étaient issus du second lit, et le partage a tous les caractères nécessaires pour profiter de la réduction de tarif, comme réglant par avance la succession des disposants. S'il y avait plusieurs enfants d'un des lits, ou si la donation comprenait et des biens propres et des biens de communauté, l'acte pourrait être considéré comme un partage d'ascendants à l'égard des enfants d'un lit et des propres de leur auteur, comme une libéralité à l'égard de l'enfant unique de l'autre lit, et pour les biens de la communauté, soit comme un partage, soit comme une donation ordinaire selon l'opinion adoptée.

Je suppose maintenant, qu'en outre des enfants des précédents mariages, il existe des enfants communs. Pas de difficulté pour le partage fait entre eux des biens de la seconde communauté, non plus que pour le partage fait par un des époux entre ses enfants communs et ses

enfants du premier lit de ses biens propres. Il y a certainement un partage d'ascendant ordinaire. Mais s'il n'y a qu'un enfant commun et que, tandis que l'un des époux donne à cet enfant et aux enfants de son premier lit ses biens propres et sa part de communauté, l'autre époux abandonne à son enfant commun le surplus lui revenant dans la communauté, y aura-t-il partage anticipé pour le tout, ou seulement pour les biens propres et la part de communauté du premier conjoint ? La question se présenterait dans les mêmes termes en supposant le premier conjoint décédé, et l'abandon fait par le survivant à l'enfant commun de sa moitié de communauté. L'administration refuse de voir dans le premier acte un partage pour le tout, et dans le second un partage anticipé. Cette solution est logique dans la doctrine que défend l'administration. En effet, la donation faite par le second conjoint de sa part de communauté, parfaitement valable dans l'espèce, et qui est indépendante du partage futur de la communauté, car elle ne suppose nullement un partage immédiat de cette communauté, est une donation consentie au profit d'un enfant unique et ne peut bénéficier du tarif de la loi de 1824. Il est vrai que cette donation a pour but de faciliter un partage, celui qui interviendra entre l'enfant commun et les enfants du premier lit, mais ce partage n'est nullement celui que mentionne le Code dans l'article 1075 ; c'est un partage qui est relatif aux biens du premier conjoint et ne concerne pas ceux du second, celui-ci n'ayant concédé aucun droit sur la part de communauté par lui abandonnée aux enfants du premier lit de son conjoint. Chaque époux peut avoir maintenant des enfants d'un premier lit et un enfant commun, et effectuer entre eux le partage de ses biens propres et de la seconde commu-

nauté. Il y aura partage anticipé à l'égard des biens propres ; mais, pour les biens de la communauté, la solution dépendra uniquement de l'opinion que l'on aura adoptée sur le partage de cette communauté entre les enfants des premiers lits, car il est clair que la présence du seul enfant commun ne peut avoir pour effet de faire considérer, même à son égard, la donation de cette communauté comme un partage d'ascendants.

Donation ordinaire au profit d'un seul enfant. — On a cherché quelquefois aussi à profiter de l'existence de plusieurs enfants pour faire admettre comme un partage anticipé entre ces enfants, et enregistrer comme tel, un acte qui n'était en réalité qu'une donation au profit d'un seul enfant. Mais l'administration et les tribunaux sont en droit de rechercher si, en fait et malgré les apparences, l'acte qu'on leur présente est bien un partage d'ascendants fait entre tous les descendants du donateur, ou s'il ne constitue qu'une libéralité individuelle. Ainsi on a refusé avec raison de voir un partage dans l'acte par lequel, après avoir déclaré donner un bien à deux enfants, à titre de partage anticipé et à charge de rapport d'une somme déterminée, les parents attribuaient, dans le partage fait en suite de la démission, cet immeuble à un seul des enfants, chargé aussi seul du rapport, en sorte que l'autre enfant ne retirait aucun bénéfice de la libéralité censément faite au profit de tous.

Omission d'un enfant. — La loi exige que le partage d'ascendants soit fait entre tous les héritiers présomptifs du donateur, c'est-à-dire entre tous les descendants qu'il laissera. Qu'arrivera-t-il si un enfant a été omis, volontairement ou non, peu importe ? La conséquence de

l'omission en droit civil c'est, d'après l'article 1078, la nullité du partage ; mais cette nullité ne peut être invoquée, tant que l'ascendant existe ; on ne pourra s'en prévaloir qu'à son décès, et encore seulement si le descendant omis a survécu, ou a laissé lui-même des descendants pour le représenter. L'acte est donc frappé de nullité, mais d'une nullité éventuelle et simplement future. L'administration doit-elle le considérer provisoirement comme un partage d'ascendants, ou comme une donation ordinaire ? On a déjà vu plus haut que l'administration n'avait pas à se préoccuper des causes de nullité pouvant affecter les actes qu'on lui présentait, mais qu'elle devait percevoir les droits comme s'ils eussent été valables. Il semble donc qu'ici le droit d'un pour cent serait seul exigible, l'omission d'un enfant étant une cause de nullité dont la Régie ne peut se prévaloir. Il n'en pourrait être autrement que si la nullité était de nature à faire considérer l'acte comme entièrement inexistant en tant que partage d'ascendants, si cette nullité était telle que l'acte n'eut plus aucun des caractères d'un pareil partage, mais fût en réalité un acte absolument différent. Ainsi, si une personne faisait le partage de ses biens entre ses collatéraux, en prétendant que sa libéralité constitue un partage d'ascendants, frappé seulement de nullité parce que ce partage ne peut avoir lieu qu'entre des descendants, et non entre des collatéraux, il n'y aurait évidemment pas lieu de s'arrêter devant une pareille prétention, et d'appliquer quand même le tarif de la loi de 1824. A vrai dire, il n'y a plus là de nullité. On se trouve simplement en présence d'un acte inexactement qualifié, mais d'ailleurs parfaitement valable. L'administration n'est pas tenue de respecter une nullité qui n'est qu'apparente, quand, en l'écartant, apparaît un acte tout différent de celui qu'on cherchait à lui montrer. On a vu,

en effet, qu'elle avait le droit de rechercher la véritable nature des actes, d'après l'ensemble de leurs clauses. La seule nullité que l'on puisse opposer à la Régie, ou plus exactement dont celle-ci ne puisse se préoccuper, est celle qui se borne à affecter l'acte d'un vice, mais sans le détruire ou le transformer en un nouvel acte. Or il est bien évident que la nullité, qui résulte de l'omission d'un enfant, répond à ces conditions. Le partage est si peu détruit qu'on ne peut l'attaquer du vivant de l'ascendant et que, même après son décès, il devient absolument régulier si l'enfant omis a succombé. L'ascendant, tant qu'il vit, est libre de distribuer ses biens comme il le veut et à qui il le désire, sans avoir de comptes à rendre. L'égalité est de la nature du partage d'ascendants, mais n'est pas de son essence. Ce n'est qu'au décès qu'il y aura lieu de rétablir l'équilibre. Aussi la plupart des auteurs, comme Championnière et Rigaud, M. Naquet, M. Demante (N° 728), ont-ils décidé que le tarif de la loi de 1824 était seul applicable, même quand un ou plusieurs descendants étaient omis. Quoique cette décision ne soit qu'un cas particulier d'une théorie plus générale sur les effets de la nullité au regard de la loi de l'enregistrement, elle a été combattue par Dalloz dans son *Répertoire* et n'a triomphé que difficilement sur le terrain de la pratique. Dalloz cherche à prouver que l'omission d'un enfant détruit absolument le partage d'ascendants, même avant le décès du donateur, et le transforme en donation ordinaire, en sorte que la Régie peut se prévaloir de cette omission, en vertu du droit qu'elle a de rechercher la véritable nature des actes qu'on lui présente : « La question, pour l'administration, n'est pas de savoir si elle peut ou non se prévaloir de la cause de nullité dont est entachée la disposition considérée comme partage de présuccession. La

question unique, pour elle, est de savoir quel est l'effet réel, la signification véritable de la convention qu'on lui présente à enregistrer. Or, dans l'espèce, il y a une convention parfaite entre les parties contractantes ; on le reconnaît dans la doctrine contraire. Cette convention est-elle un partage de présuccession ? Non, car en droit civil un tel partage doit nécessairement, à l'image de la succession dont il anticipe l'ouverture, être fait entre tous les héritiers présomptifs, et n'existe pas comme partage, s'il ne remplit pas cette condition. On ne saurait donc lui faire l'application du droit spécial, auquel le partage de présuccession est soumis. A défaut de ce droit, un autre droit doit être perçu ; car de supposer que la convention, qui est parfaite, comme on le reconnaît, et par conséquent immédiatement translatrice, pourra échapper à l'impôt, nul n'en aura la pensée. Quel est donc le droit exigible ? Evidemment celui de la convention véritable ; et cette convention véritable, c'est la donation, puisqu'elle ne peut être considérée comme un partage anticipé ». (Rép. 3911). Le défaut de ce raisonnement est de pécher par la base ; il n'est en effet pas vrai de dire, que l'omission d'un enfant empêche d'ores et déjà la démission de biens d'être un partage anticipé ; cette omission ne l'affecte que d'une simple nullité, et encore celle-ci peut-elle disparaître. Dès lors l'acte reste un partage à l'égard des parties comme à l'égard de l'administration, et ne devient pas une donation ordinaire. On peut remarquer aussi avec Championnière que, si la Régie pouvait se prévaloir de la nullité résultant de l'omission d'un enfant, elle pourrait plus que les parties qui n'ont le droit d'agir qu'au décès ; elle aurait même le droit d'invoquer une nullité éventuelle pour tous les partages sans exception, et de se refuser à les considérer autrement que comme des donations du vivant de l'ascendant, car la

survenance d'un enfant, événement probable dans bien des cas, rend caduc le partage déjà fait. L'absurdité d'une pareille conclusion suffit à condamner la théorie dont elle est déduite. C'est sur les effets actuels des contrats, et non sur des prévisions futures, qu'on doit percevoir les droits.

A l'origine cependant, la jurisprudence a admis la prétention qu'avait émise l'administration d'appliquer le tarif des donations ordinaires en cas d'omission d'enfants. Le premier arrêt de Cassation a été rendu le 23 janvier 1828 (Sir. 28, 152) dans une hypothèse assez singulière. Une mère, ayant six enfants, avait donné à l'un d'eux, sans le concours ni le consentement des autres, le sixième d'un domaine à la charge de ne rien prétendre sur le surplus et avec le droit de provoquer le partage quand il lui plairait. Un seul enfant prenait ainsi part au partage, ce qui, dans le système défendu par l'administration, n'était pas de nature à provoquer l'application du tarif de la loi de 1824. Aussi la Cour a-t-elle écarté cette application, tant parce que les autres enfants avaient été omis que parce qu'il y avait donation au profit d'un seul enfant, et pas de partage par conséquent : « Attendu que l'acte du 18 juillet 1824 ne présente aucun des caractères du partage autorisé par les art. 1075, 1076 et 1078 Civ., puisque, d'une part, cet acte n'a eu lieu qu'entre la veuve Jacquin et Alexis Jacquin, l'un de ses six enfants, sans l'intervention des cinq autres enfants, qui n'y ont point été appelés et n'en ont point accepté les dispositions, circonstances essentielles dans tout acte de ce genre fait entre vifs, et que, d'autre part, loin de contenir un véritable partage entre lesdits six enfants du domaine donné à l'un d'eux, il y est, au contraire, stipulé qu'au moyen du don qui lui est fait de la propriété d'un sixième de ce

domaine, à la charge de ne rien prétendre sur les cinq autres sixièmes dudit domaine, il lui sera libre d'en provoquer le partage quand il lui plaira. »

La Cour changea ensuite de système et appliqua les véritables principes en matière de nullité dans un arrêt du 26 avril 1836 rendu à propos du partage fait par Louis-Philippe entre ses enfants, sauf l'ainé, avant de monter sur le trône (Sir. 1836, 1, 499) : « Attendu que la possibilité ou l'éventualité d'une action en nullité par celui des descendants, qui ne serait pas compris dans la donation, ne saurait changer la nature de l'acte par rapport à la Régie, à laquelle cette action demeure étrangère, puisque la validité ou l'invalidité des actes est indifférente pour la perception des droits d'enregistrement, et que, de plus, cette action ne s'ouvre au profit du descendant omis ou exclu, qu'autant qu'il survit au donateur, et qu'il ne renonce pas à sa succession ou à l'exercice de cette action. » Malgré la netteté et la généralité des motifs de cet arrêt, la Régie persista dans sa prétention et ne renonça pas à l'espoir de faire revenir la Cour sur sa décision. Un arrêt assez équivoque fut, il est vrai, rendu contre elle le 30 décembre 1839 (Sir. 1840, 1, 153), relativement à un acte par lequel des père et mère avaient donné à un de leurs enfants un immeuble composant leur fortune, à charge de payer aux créanciers de l'autre enfant, qui était absent, une somme équivalant à la moitié de l'immeuble. Comme les créanciers avaient accepté au lieu et place de l'absent, la Cour a considéré qu'il y avait là un véritable partage d'ascendants, mais il faut observer qu'il n'y avait pas eu une véritable omission d'enfants ; il y avait plutôt une acceptation irrégulière pour l'enfant absent dont la part était déterminée, en sorte que la question soulevée devant la Cour, et tranchée par elle, était surtout celle de

savoir si la Régie peut ou non se prévaloir de la nullité résultant du défaut d'acceptation de la démission de biens. Les termes de l'arrêt le font nettement voir : « Attendu que l'absence et le défaut d'acceptation du fils cadet ne peuvent être opposés par la Régie pour justifier la contrainte par elle décernée, alors surtout que la part de cet enfant a été acceptée par ses créanciers et payée au moyen du sacrifice fait par les père et mère en faveur des deux enfants, d'où il suit que la perception du droit a été justement faite par le receveur de l'enregistrement. » L'administration fut plus heureuse deux ans plus tard, et réussit à faire considérer comme une donation ordinaire un acte contenant démission de biens, avec clause de préciput et substitution au profit de quelques enfants, à la charge de servir aux autres, qui n'étaient pas tous présents, soit des rentes viagères, soit des pensions alimentaires. La nature des charges stipulées en faveur des non acceptants équivalait à peu près à leur exclusion, en admettant que cette exclusion n'eût pas suffisamment résulté du fait de leur non-présence à l'acte de démission de biens ; il n'a pas paru à la Cour dans ces conditions qu'il y eut un véritable partage anticipé, l'intention des parties n'étant pas évidente : « Attendu que les dispositions qualifiées uniquement de donations entre vifs par les parties elles-mêmes, et portées dans l'acte du 21 avril 1838, ne présentent aucun des caractères d'un partage d'ascendant à ses enfants ; qu'en effet, ces donations ne sont faites qu'aux deux dames Petit et Hachette, à l'exclusion de leurs frères, sous la charge de payer à l'un d'eux une rente viagère et de servir à l'autre une pension incessible, insaisissable, alimentaire, à la fixation de laquelle il demeure étranger, comme à tout l'acte, lequel acte porte, de plus, une clause de substitution et parle de

préciput. » Les considérants qui précèdent montrent qu'il s'agissait d'un arrêt d'espèce, plutôt que de principe. Aussi la controverse ne cessa-t-elle pas. L'administration maintint, bien entendu, ses prétentions, qui paraissaient avoir pour elles les décisions les plus récentes des tribunaux, mais les parties continuèrent à résister et la question ne tarda pas à être portée encore devant la Cour qui, par un nouvel arrêt, accepté cette fois par l'administration, revint à la doctrine si clairement exposée en 1836, et se prononça pour l'application de la loi de 1824 notwithstanding l'omission d'un enfant : « Attendu que l'acte du 12 mai 1845 contient tous les éléments d'un partage anticipé fait par un père entre ses enfants : le dessaisissement du père, le lotissement entre les enfants, leur acceptation ; que la possibilité ou l'éventualité d'une action en nullité ne saurait changer la nature de l'acte par rapport à la Régie ; que d'ailleurs cette action peut n'être pas exercée, si l'enfant omis ne survit pas au donateur ou renonce à sa succession ; que l'acte, dans ce cas, restera un véritable partage avec toutes les conditions voulues par la loi. »

Egalisation de dot. — Le cas le plus fréquent d'omission d'un ou de plusieurs enfants dans un partage est celui où le partage a pour but d'égaliser les libéralités faites aux enfants et, en particulier quand des dots ont déjà été constituées au profit de certains enfants, de donner aux autres des biens dont la valeur équivaut au montant de ces dots. L'ascendant rétablit de son vivant entre ses enfants l'égalité, qui avait été un moment rompue. Qu'un acte d'égalisation de cette espèce soit un véritable partage d'ascendants, il n'y a pas à en douter, puisqu'on vient de voir que l'omission d'un descendant

est sans influence sur la perception. Mais même en n'admettant pas, comme le faisait primitivement l'administration, le principe précédent, on peut, dans l'hypothèse actuelle, trouver des considérations spéciales, qui permettent d'appliquer encore la loi de 1824. Aussi, bien avant l'arrêt de Cassation de 1850, la Régie avait-elle reconnu qu'un acte donnant à certains enfants des biens, dont la valeur était égale à celle des libéralités précédemment consenties au profit des autres, ne devait pas être regardé comme une libéralité ordinaire. En effet, si du moins les termes du contrat le permettaient, car il n'y avait évidemment pas lieu d'aller sur ce point contre la volonté des parties clairement exprimée, l'acte intervenu ne devait pas être séparé des libéralités antérieures dont il formait le complément. Il y avait un partage fait en plusieurs fois, et rien n'oblige l'ascendant à ne faire qu'un seul et même acte. Il était seulement essentiel que le lien qui existait dans la pensée du donateur entre ses diverses libéralités, lien nécessaire pour établir entre les parties les rapports juridiques qui dérivent du partage d'ascendants, apparût bien nettement. Il suffisait pour cela du rappel, dans le second acte, des libéralités précédentes, rappel qui servait en outre à montrer que les enfants se trouvaient également apportionnés, ou, dans le cas d'un préciput, que celui-ci ne dépassait pas les limites légales. Cela revenait à considérer les premiers donataires, qui n'avaient pas à intervenir au partage, comme lotis en moins prenant, et la loi de 1824 devait être d'autant plus appliquée que le défaut d'acceptation de certains des donataires est, au regard de la jurisprudence, sans effet au point de vue de l'exigibilité du droit de mutation. De nombreuses décisions ont été rendues dans ce sens, au moins dans l'hypothèse où le partage d'éga-

lisation s'adresse à plus d'un enfant à la fois. Leur intérêt provient surtout de ce qu'elles sont presque toutes anciennes et antérieures à la nouvelle jurisprudence sur l'omission d'un descendant. Ainsi, on a reconnu l'existence d'un partage anticipé dans l'acte par lequel un père, qui avait déjà fait plusieurs dispositions en avancement d'hoirie, confirmait ces dispositions et donnait le reste de ses biens aux premiers donataires et à ses autres enfants de manière à rétablir entre eux l'égalité. Il est vrai que tous les enfants avaient concouru à l'acte, quoique pour des parts inégales. La question fut portée devant la Cour de Cassation qui, par arrêt du 9 août 1837, considéra comme un partage d'ascendants la donation faite à trois enfants de biens destinés à les égaliser avec deux autres descendants précédemment dotés, ainsi que le donateur le rappelait : « Attendu que l'acte du 11 mars 1833 n'a été fait par la veuve Arbogast que pour opérer entre ses cinq enfants une distribution égale, par le partage anticipé de ses biens, dont elle voulait les faire jouir tous ; que déjà deux desdits enfants avaient reçu des dots, dont elle a compris le montant dans ladite égalisation : que l'acte du 11 mars a eu pour objet de fournir le supplément nécessaire et d'attribuer aux trois enfants non dotés les lots et parts qui devaient leur revenir ; qu'en conséquence, après avoir rappelé les deux dots constituées en avancement d'hoirie, ladite dame a fait l'abandon et le lotissement égal pour les trois autres ; que, si les deux enfants dotés ne sont pas présents en personne, leurs parts se trouvent comprises par ce rappel de leurs dots, tenant lieu d'un rapport en moins prenant, pour la composition de cinq parts égales ; que cette distribution faite en justice,

exécutée, respectée par tous les enfants, a tous les caractères d'un partage anticipé ».

Si la seconde libéralité n'est faite qu'à un seul enfant, il semble que la solution doive encore être la même ; en effet, ce qui est considéré comme un partage anticipé, ce n'est pas seulement cette libéralité, c'est l'ensemble des dispositions faites au profit des enfants, et par conséquent un pareil partage comprend nécessairement plusieurs descendants. Si le droit d'un pour cent n'est perçu que sur la seconde libéralité, c'est que la première, prise isolément, ne pouvait être regardée que comme une donation ordinaire, l'ascendant n'ayant peut-être pas, à l'époque où il la faisait, l'intention de la compléter, de la prolonger en quelque sorte par d'autres libéralités. Les droits ayant été régulièrement perçus ne sont pas restituables.

Admis à l'origine par l'administration, ce système fut bientôt abandonné par elle, bien à tort à ce qu'il semble. En effet, même si l'on refuse d'appliquer le tarif réduit à une donation faite au profit d'un seul enfant, cette règle n'est pas de mise dans l'hypothèse actuelle, où il ne s'agit pas d'une donation isolée, mais simplement du complément d'un partage commencé. Si l'on regarde ce complément comme possible lorsque plusieurs enfants restent à pourvoir, il en doit être de même, lorsqu'un seul descendant prend part à l'acte d'égalisation, si, bien entendu, cet acte, par ses clauses, se rattache aux libéralités antérieures et n'en est pas indépendant. Le *Dictionnaire des Rédacteurs* déclare que l'acte n'est pas un partage anticipé, parce qu'il ne s'adresse qu'à un seul donataire et ne comporte pas un dessaisissement définitif. Mais cela n'est vrai qu'en supposant une donation faite isolément, où ne rien révèle l'intention du donateur d'égaliser les parts de ses enfants, et de faire un véritable partage anti-

cipé, hypothèse qui est absolument écartée. Les tribunaux ont presque partout admis la thèse défendue par l'administration. M. Garnier applique, il est vrai, la loi de 1824, lorsqu'en faisant une donation partielle à un seul enfant, les ascendants ne laissent pas de côté les valeurs antérieurement attribuées, mais opèrent au contraire un règlement définitif de tous les biens partagés (Rép. Gén. 12574). Il semble cependant exiger pour cela la présence et le consentement de tous les donataires, car le contrat équivaut alors à un partage dans lequel les enfants dotés figurent pour rapporter leurs avancements d'hoirie, avancements qui se trouvent ainsi compris dans le partage. Mais cette exigence n'est pas plus nécessaire ici, que quand la seconde libéralité s'adresse à plusieurs enfants à la fois. Il suffit du rappel des donations antérieures et de l'intention, implicite ou non du donateur, de réunir les unes aux autres ses libéralités pour en constituer un partage d'ascendants, partage comportant d'ailleurs un préciput dans la mesure de la quotité disponible. Le droit gradué serait, comme conséquence du caractère de partage anticipé attribué à l'acte, exigible tant sur les biens donnés que sur ceux qui leur sont pour ainsi dire fictivement adjoints pour former la masse partageable.

DES BIENS COMPRIS DANS LE PARTAGE D'ASCENDANTS

Après avoir vu entre quelles personnes pouvait avoir lieu le partage d'ascendants, il convient d'examiner quels biens ce partage peut comprendre, sans cesser pour cela d'être un partage anticipé; j'examinerai principalement ce qui concerne la division matérielle des biens, les biens appartenant à des époux ayant des enfants de plusieurs lits, les donations de sommes payables à terme, ainsi que les donations d'usufruits.

Partage partiel. — Le Code n'exigeant pas le partage de tous les biens appartenant au donateur au moment où il est fait, un partage anticipé partiel doit en conséquence jouir du bénéfice de la loi de 1824. Cette question ne pouvait faire de difficulté sérieuse. Une délibération administrative, dès le 11 mai 1825, se prononça en ce sens, et fut suivie d'autres décisions semblables. La Cour de Cassation saisie de la question a, par arrêt du 28 avril 1829, considéré comme partage l'acte par lequel un père donnait à deux enfants par indivis ses biens actuels, et au troisième enfant le montant d'un rapport par lui fictivement fait. Le partage comprenait, il est vrai, tous les biens au moment de la donation, mais ces biens n'étaient pas attribués à tous les enfants par parts égales, puisque l'un d'eux ne recevait rien en réalité : « Attendu, dit la Cour, que le lot de chacun des copartageants a été fixé à une somme égale, d'après la valeur de tous les biens, déduction faite des charges; que l'aîné des

enfants, au moyen des avances qui lui avaient été faites, a reçu sa part en argent; et que, pour remplir les deux autres de leurs lots respectifs, il a été reconnu nécessaire de leur laisser par indivis la totalité des immeubles; attendu, enfin, que tous les enfants étaient présents au partage et l'ont agréé. »

Une conséquence, et de ce que le partage peut ne comprendre que certains biens, et de ce qu'il peut ne s'adresser qu'à quelques enfants seulement, c'est que l'ascendant a le droit de distribuer ses biens par lots séparés, en faisant des partages partiels successifs. Mais il faut pour cela qu'il ne s'agisse pas de plusieurs donations indépendantes, qui ne pourraient être considérées que comme autant de donations ordinaires entre vifs. Il est nécessaire que les libéralités de l'ascendant soient réunies par une clause expresse et forment un véritable partage anticipé. C'est une hypothèse qui se rapproche de celle déjà vue à propos de l'égalisation de dots, mais qui s'en distingue en ce que, dès le premier acte, apparaît l'intention de l'ascendant de faire un partage partiel et non une donation ordinaire, qui peut n'être jamais suivie d'une autre. En outre, certaines clauses sur l'imputation, sur le rapport, etc., sont permises dans les donations ordinaires et interdites dans le partage anticipé. En supposant que toutes les conditions du partage d'ascendants soient remplies, lorsqu'on présentera au receveur le premier acte, le premier maillon de la chaîne qui doit constituer le partage entier, le droit à percevoir sera-t-il celui de la donation ordinaire, ou celui de la loi de 1824? En admettant que cet acte ne s'adresse qu'à un seul enfant, ce que je suppose, c'est le droit établi par la loi de frimaire qui sera exigible, même si l'ascendant a déclaré qu'il voulait faire un partage et qu'il

avait l'intention de continuer ses libéralités au profit de ses autres descendants. En effet, une pareille déclaration ne suffit pas à elle seule à changer la nature intime de l'acte considéré isolément, étant donné que l'on n'admet pas la possibilité de faire une démission de biens au profit d'un enfant unique. Rien ne garantit au receveur que d'autres donations suivront, et, s'il devait s'arrêter devant la simple promesse du donateur, la fraude serait trop facile. On déguiserait les donations ordinaires sous la forme de partages d'ascendants. Le droit d'un pour cent n'est applicable, que lorsqu'il est loisible au receveur de constater l'existence actuelle du partage, c'est-à-dire au plus tôt lors de la présentation à la formalité du second partage partiel. Seulement, comme le premier acte se trouve rétroactivement avoir été trop taxé, puisque c'était le tarif de la loi de 1824 qui lui était réellement applicable, et que le droit de donation ordinaire n'a été perçu que par mesure de précaution et dans le doute, il y aura lieu d'imputer l'excédent du droit perçu lors du premier acte sur le droit exigible à raison du second partage partiel. Sans doute, les droits régulièrement perçus ne sont pas restituables, et les parties ne pourraient, dans la rigueur des principes, obtenir de l'administration la restitution de ce qui a été perçu en trop en prouvant l'existence du partage anticipé, si, par exemple, les droits perçus à l'origine, même après imputation de la taxe due sur les actes postérieurs, dépassaient le montant de ce qui était exigible sur l'ensemble des dispositions faites par l'ascendant, considérées comme constituant un partage anticipé unique. Mais une imputation n'est pas une restitution. Il y a d'ailleurs, remarque avec raison le *Dictionnaire des Rédacteurs*, dépendance entre les actes passés dont la combinaison ne forme qu'une seule convention,

et on ne peut tarifier la mutation comme donation pour certaines attributions, et comme partage pour les autres. L'administration accepte d'autant plus volontiers l'imputation que, par une faveur spéciale pour les partages d'ascendants, et contrairement même à la lettre de la loi de frimaire, elle paraît, dans l'Instruction générale n° 1336, consentir à la restitution pure et simple des droits primitivement perçus.

Division matérielle des biens. — Le partage d'ascendants doit-il contenir une division matérielle des biens donnés? C'est une question importante, qui a suscité de nombreuses controverses, et sur laquelle le droit civil et le droit fiscal ont adopté des solutions différentes. En matière civile, plusieurs arrêts ont décidé, de concert avec la majorité des auteurs, que l'acte par lequel un ascendant abandonnait indivisément ses biens à ses enfants ne présentait pas les caractères d'un partage d'ascendant. Ce n'est pas qu'un pareil acte ne soit pas valable, mais il n'est pas valable en tant que partage anticipé, ne produit pas les effets de ce partage; c'est une donation ordinaire. Si les enfants se partagent les biens démis, leur partage est indépendant de la libéralité de l'ascendant et reste soumis aux règles qui régissent les partages de succession, sans pouvoir profiter des facilités accordées par la loi aux partages d'ascendants. Au premier abord, on est tenté d'appliquer en droit fiscal la théorie précédente, et de taxer comme donation pure et simple une démission ne contenant pas un partage matériel effectué par l'ascendant ou sous sa surveillance. Si ce partage manque en effet, il n'y a plus un partage d'ascendants, affecté simplement d'une nullité dont la Régie n'aurait pas le droit de se prévaloir; il y a

destruction absolue, disparition complète du partage, privé d'un de ses éléments que la loi civile déclare essentiel à son existence.

On ne peut dès lors appliquer au contrat que le tarif de la loi de frimaire, tarif que la loi de 1824 n'a écarté expressément que pour les donations contenant partage. La loi fiscale n'a d'ailleurs pas à déterminer autrement que la loi civile les éléments nécessaires à la formation de tel ou tel contrat, alors surtout qu'il s'agit d'un contrat, pour la définition duquel renvoi a été expressément fait à cette même loi civile.

Sans doute la démission de biens ne comportait pas autrefois de partage ; mais l'institution du droit moderne ne présente pas une similitude complète avec celle de l'ancien droit. Ce n'est pas seulement une succession anticipée, c'est aussi un partage, et son caractère est mixte. Quand le législateur de 1824 a réduit le tarif applicable aux donations-partage, il ne s'est pas uniquement décidé par leur ressemblance avec les successions. La faveur qu'il leur a faite a été également inspirée par l'utilité que présente le partage fait par l'ascendant de son vivant, lequel amène une meilleure répartition et par suite une meilleure utilisation des biens, et évite des procès nombreux, qui auraient pu surgir au décès entre les héritiers. Cette utilité disparaît, si l'ascendant ne partage rien, ou n'indique pas au moins les bases du partage. Pour que le vœu de la loi soit rempli, il faut donc un partage matériel, et ce n'est qu'à cette condition qu'il y aura lieu de faire bénéficier l'acte d'une réduction de droits. Ce système est très plausible ; il a l'avantage de mettre d'accord le droit fiscal et le droit civil ; aussi s'explique-t-on sans peine qu'il ait été défendu à l'origine

par l'administration, comme en témoignent plusieurs solutions.

Néanmoins la jurisprudence et la majorité des auteurs sont d'un avis contraire. La loi de 1824, dit-on, a dérogé sur ce point aux règles du Code civil. Son principal, son unique motif, est que le donateur avance seulement le terme naturel de sa succession. De même que, dans la mutation par décès, le partage est sans effet pour le droit d'enregistrement, de même il sera sans effet dans une mutation entre vifs, où le donateur se trouve dessaisi comme s'il était décédé. Malgré le silence du donateur, le partage anticipé présente, remarque M. Garnier (Rép. Gén. 12578), une assignation véritable en ce sens que, par cela seul qu'il n'est rien dit sur ce point, aucun des donateurs ne se trouve avantagé, et que c'est un partage égal entre eux que le donateur a entendu faire. Le partage ne modifie pas la mutation assez essentiellement pour que les droits puissent en dépendre, et c'est à la mutation seule que s'est attachée la loi de 1824, comme l'indique le tarif qu'elle a établi. C'est la démission de biens ancienne que l'on a uniquement considérée à cette époque, le partage étant regardé comme de la nature plutôt que de l'essence de la donation. L'assimilation avec la succession ordinaire est encore confirmée par la loi de 1850, qui écarte absolument le caractère de donation, c'est-à-dire d'acte entre vifs, pour faire percevoir le droit de soulte. On décompose le partage anticipé en deux parties, en une mutation tarifée comme une mutation par décès, et en un partage également imposé comme un partage successoral. Mais ces deux parties sont indépendantes et la seconde ne rétroagit pas sur la première. Elle s'en détache au contraire si bien, que, même si les deux opérations sont concomitantes, par une fiction de

droit, elle est présumée n'avoir lieu que postérieurement et au prix d'une nouvelle mutation qui donne ouverture, le cas échéant, au droit de soulte. Championnière et Rigaud ont bien fait voir qu'on a voulu surtout en 1824 faire disparaître l'anomalie qui frappait différemment des mutations semblables, tout en laissant soumises aux perceptions existantes les dispositions qui favorisent un seul héritier et n'appellent pas les autres à un partage : « On a réduit, disent-ils, au taux des successions toute délibération par laquelle un père, réunissant ses héritiers présomptifs, fait à l'instant et de son vivant ce que la loi fait à son décès, en leur abandonnant ses biens, en les saisissant comme ils eussent été saisis par sa mort, avec les droits et charges qui résultent d'une hérédité anticipée. Cette disposition se distingue de la première en ce qu'elle ne permet plus ni rapports ni partages nouveaux. » Ces derniers mots indiquent à quelles conditions devra satisfaire la libéralité de l'ascendant pour profiter du tarif réduit. Il est nécessaire que l'acte ne puisse pas se confondre avec une donation ordinaire. Le donateur doit faire, non un avancement d'hoirie, mais une donation définitive, exempte de rapport. La quotité de chacun doit se trouver fixée, soit par le donateur expressément, soit, à l'imitation de ce qui se présente en cas de décès, par l'ensemble de l'acte et le nombre des enfants. Le silence du père s'expliquera dans nombre de cas par la facilité du partage, qui n'est pas de nature à amener des discussions entre enfants, et, dans d'autres cas, par le désir d'échapper aux conséquences d'un partage qui ne répondrait pas à toutes les exigences du Code et en particulier à celles de l'article 832. Le motif importe peu d'ailleurs, il suffit qu'il y ait dessaisissement aussi complet que par décès ; il n'est

même pas besoin d'une désignation de quotité, comme on a quelquefois émis la prétention de l'exiger ainsi que le remarque M. Demante (n° 725): « Si la loi moderne parle des donations *portant partage*, c'est d'une façon toute énonciative, faute d'un autre mot, celui de démision ayant été écarté à dessein. Cependant la jurisprudence ne s'est pas développée avec cette franchise. On a fort entortillé le style des actes, pour donner à l'attribution collective *pro indiviso* les apparences du partage, c'est-à-dire en d'autres termes, d'une division. Il suffit, a-t-on dit, d'une attribution à chacun des enfants d'une *quotité* du patrimoine. Même, à défaut d'attribution expresse, il suffit que l'ascendant s'en réfère tacitement aux dispositions de la loi sur le partage des successions. Il attribue à chacun de ses enfants une portion égale, par cela seul qu'il ne dispose pas en sens contraire ».

Détermination de la quotité revenant à chaque enfant.
— Quelles ont été sur la question précédente les décisions de la jurisprudence? Les premières que l'on rencontre concernent le cas où le donateur a fait expressément des attributions de quotité entre ses enfants. C'est le cas le plus fréquent; la donation peut d'ailleurs comprendre tout, ou seulement une partie, des biens de l'ascendant. Diverses délibérations et jugements admirent l'application de la loi de 1824. La Cour de Cassation, le 28 avril 1829, adopta la même opinion dans un arrêt déjà cité, alors que l'indivision n'existait qu'à l'égard de certains enfants et de certains biens, les immeubles dans l'espèce. Le 1^{er} décembre 1830, second arrêt dans le même sens: « Attendu que le jugement attaqué a reconnu que l'acte du 7 janvier 1828, qui a été l'objet du procès, réunit tous les caractères d'une donation portant partage anticipé:

qu'en effet, il contient la distribution entre tous les successibles, leur consentement au mode de cette distribution et l'allotissement; enfin, tous les caractères de cet acte qui, suivant les expressions du rapporteur de la commission de la Chambre des Députés, séance du 6 mai 1824, tient le milieu entre les dispositions entre vifs et les transmissions par décès; attendu que ce caractère d'acte de donation, portant partage, n'a pu être considéré comme anéanti par la circonstance que deux des copartageants ont été l'objet d'un allotissement commun, lorsqu'il était constaté que la totalité de la masse à partager recevait une distribution entre tous, non par des déterminations de simple quotité de droits, mais par des affectations spéciales. » Un troisième arrêt du 14 février 1832 (Sir. 32, 1, 183) est tout aussi affirmatif, et va même jusqu'à dire que l'indication de la quotité, pour laquelle les enfants sont copropriétaires, équivaut à une véritable distribution, ce qui est peut-être excessif. Je ferai cependant remarquer que certains faits viennent à l'appui de cette théorie. Ainsi, que l'ascendant fasse donation à deux enfants chacun pour moitié d'un titre de rente nominatif de deux cents francs, la division de ce titre en deux autres de cent francs chacun s'obtiendra sur la simple demande de l'un des enfants, même mineur, sans qu'aucun partage soit nécessaire; il s'agit, en effet, d'une créance dont la division s'opère de plein droit. Mais si la donation avait été faite indivisément et sans indication de parts, il faudra un partage pour déterminer la part de chacun, et, si les descendants sont mineurs, toutes les formalités du partage judiciaire devront être observées. Voici comment s'exprime l'arrêt de 1832 : « Attendu que, n'y ayant pas, suivant la loi, de différence entre avoir droit à une chose, ou avoir la chose elle-même, il y a

véritablement distribution et partage entre les enfants et descendants, lorsque, comme dans l'espèce actuelle, l'acte de donation détermine et fixe la part à laquelle les donataires auront droit dans chacun des immeubles donnés, sauf à eux à faire cesser l'indivision, s'ils le jugent convenable à leur intérêt. » Je citerai encore un arrêt du 16 mars 1833 (Sir. 33, 1, 265) : « Attendu, en droit, qu'un acte par lequel les cohéritiers, procédant au partage de la succession commune, laissent indivis entre eux des immeubles, dans lesquels leurs droits respectifs sont déterminés par l'acte même, a le caractère et les effets d'un partage de succession, tels qu'ils sont déterminés dans l'article 883 Civ. »

Devant ces décisions multiples, il était difficile à l'administration de résister. Aussi a-t-elle reconnu, en thèse générale, les 7 octobre 1834 et 11 mai 1835, qu'une donation faite indivisément entre les enfants avec attribution de quotité devait jouir du bénéfice de la loi de 1824. Cela a même lieu si l'ascendant se réserve l'usufruit des biens donnés, dont ses enfants n'ont que la nue propriété indivise.

Il ne s'est plus guère élevé depuis que des difficultés secondaires, la question de principe ayant été réglée dans le sens le plus favorable aux contribuables. Ainsi, la Cour de Cassation, par arrêt du 26 avril 1836 (Sir. 1836, 1, 499), a reconnu qu'un acte ne contenant ni partage matériel, ni obligation de partager, n'en était pas moins un partage d'ascendants, parce que les faits et circonstances accompagnant la libéralité montraient suffisamment l'intention du donateur.

Absence de détermination de quotité. — Si maintenant la donation ne contient aucune espèce de détermination

de quotité, on doit encore appliquer la loi de 1824. En effet, l'intention de l'ascendant de faire un partage anticipé, qui résulte, par exemple, des termes qu'il a employés, détermine suffisamment la part de chaque enfant. Aucun doute n'est sérieusement possible à cet égard, l'égalité entre les descendants étant de la nature du partage anticipé, et ne pouvant être écartée que par une stipulation expresse. La quotité des droits de chacun se trouve implicitement fixée aussi clairement que si elle avait été exprimée. Une délibération du 6 janvier 1837 l'a reconnu et peut toujours être invoquée en ce sens, quelques décisions en sens contraire n'ayant pas de portée pratique.

Partage fait par les enfants donataires. — Très fréquemment, quoique l'acte ne contienne pas un partage effectué par le donateur, celui-ci impose à ses enfants l'obligation d'opérer eux-mêmes le partage des biens donnés. Ce partage peut être contenu dans l'acte même de donation ; je suppose, bien entendu, qu'il ne résulte pas des clauses de l'acte que le partage, quoique paraissant être l'œuvre exclusive des enfants, soit en réalité l'œuvre du père. Aucune difficulté ne subsisterait plus alors sur l'application de la loi de 1824. Le droit gradué ne serait pas non plus exigible. La question ne se pose sérieusement que lorsque le partage a une existence distincte de celle de la donation, constitue à son égard une disposition indépendante. Des décisions même anciennes ont admis l'application de la loi de 1824, système d'autant moins contestable que, comme on l'a vu, le partage n'est nullement nécessaire pour qu'un acte constitue, au regard de la loi fiscale, un partage anticipé. Il importe peu, d'ailleurs, que l'on réunisse aux biens donnés d'autres biens déjà indivis, pour les comprendre en un seul partage. Je citerai en ce

sens un arrêt de Cassation du 10 août 1831 (Sir. 31, 1, 325) : « Attendu, en fait, que l'acte du 25 septembre 1827 renferme la donation paternelle faite pour faciliter le partage, non seulement de la succession maternelle, mais par anticipation de celle du donateur ; que les sept enfants et héritiers ont par le même acte, sous l'influence et avec l'assentiment du père, procédé aux partage et division entre eux de tous les objets de la donation ». Malgré quelques décisions en sens contraire, on a toujours suivi la même doctrine, et exigé le droit gradué sur le partage, surtout s'il contient d'autres biens que les biens donnés. Cette doctrine est essentiellement fondée sur ce que le droit établi par la loi de 1824 est un droit de mutation, que, comme il doit être perçu dès qu'il y a une mutation entre vifs de l'ascendant au profit de ses enfants, analogue à une mutation par décès, le partage qui accompagne cette mutation en est néanmoins distinct. Si ce partage émane du père, ce n'est cependant qu'un accident de la libéralité, *sans influence sur la perception*. Si on le sépare de la libéralité, celle-ci n'en conserve pas moins ses caractères propres, n'en satisfait pas moins aux exigences de la loi de 1824 et du Code civil, et doit par voie de conséquence être toujours tarifée comme partage d'ascendant. Si le partage la suit immédiatement, et dans un seul et même acte, c'est là une circonstance tout à fait accessoire, qui n'est de nature ni à aggraver la perception à raison de la mutation, ni à la modérer, tout aussi bien que si ce partage avait lieu dans un acte distinct de la donation et postérieur. Peu importe que ce partage soit imposé par le donateur, ou résulte de la volonté exclusive des enfants, qu'il soit concomitant avec la donation, par exemple du même jour qu'elle, ou la suive seulement à un assez long intervalle. L'unique utilité d'une clause obligeant les

enfants à partager les biens donnés, et de l'existence d'un pareil partage, c'est de prouver, si cela ne résultait pas suffisamment des autres clauses de la donation, que l'ascendant a voulu faire non une libéralité ordinaire, mais une donation-partage dans les termes prévus par le Code. Une preuve de cette espèce peut être par exemple très nécessaire lorsque, profitant des facilités que la loi met à sa disposition, le donateur a voulu exécuter le partage anticipé au moyen de donations partielles successives. Des décisions nombreuses ont admis l'application de la loi de 1824 à la donation faite par le père à ses enfants, quoique le partage n'ait eu lieu que postérieurement.

Si, par erreur, le droit de donation ordinaire avait été perçu sur une donation-partage, parce qu'elle n'aurait pas contenu un partage matériel effectué par l'ascendant entre les donataires, il y aurait évidemment lieu à restitution de ce qui a été perçu en trop, pourvu que la prescription ne soit pas encore acquise, car les droits n'ont pas été régulièrement perçus.

En sens contraire, une solution du 25 juin 1830 a déclaré avec raison qu'il n'y avait pas lieu à un supplément de droit, de façon à faire percevoir le droit de donation, quand des enfants remettent en commun les biens donnés en résiliant le partage, car les droits ont été régulièrement perçus à raison de la nature de la mutation causée par la donation de l'ascendant, mutation qui est d'autant moins rétroactivement effacée, qu'elle aurait pu n'être accompagnée ou suivie d'aucun partage.

Existence d'attributions préciputaires. — Tout en ne faisant pas le partage personnellement, l'ascendant peut ne pas se borner à donner des biens entre ses enfants par parts égales ; il a le droit d'attribuer soit

une quotité déterminée, soit certains biens à un ou plusieurs d'entre eux à titre de préciput. Les enfants, dans leur partage, se conformeront nécessairement à la volonté du père; mais cela n'enlève nullement à la libéralité le caractère de partage d'ascendant et cela pour le tout. La loi n'impose en effet nullement à l'ascendant l'obligation de respecter l'égalité; la dévolution qu'elle établit n'a lieu qu'en l'absence de volonté contraire de la part du disposant, volonté dont le Code s'est borné à limiter les effets. Le pouvoir de faire un partage n'a pas été créé pour enlever au père l'exercice de son droit sur la portion disponible. En droit civil l'acte reste partage pour le tout; il en doit être de même en matière fiscale, que l'acte contienne ou non un partage effectué par le père ou une simple fixation des parts indivises de chacun. Un arrêt de la Cour de Cassation précité du 29 mars 1831 l'a reconnu en ces termes : « Attendu que l'acte du 26 janvier 1828, dont il s'agissait de déterminer les droits d'enregistrement, contient non seulement assignation des parts afférentes à chacun des enfants du donateur, tous présents et acceptant, mais règlement d'un préciput; que, d'ailleurs, cette assignation portait sur des biens à l'égard desquels, au moins pour une grande partie, il y avait impossibilité d'opérer une division matérielle à raison de l'indivision dans les mains du père donateur, qui n'avait lui-même que l'action en licitation ou en partage ». La Cour mentionne l'acceptation des donataires comme une des raisons, que l'on peut invoquer pour reconnaître à l'acte qui lui était soumis le caractère de partage d'ascendants, mais cette acceptation n'est pas plus nécessaire, lorsqu'il y a seulement fixation de parts indivises, que lorsqu'il y a partage, ainsi que le reconnaît un autre arrêt de la Cour de Cassation du 8 avril 1838 (Sir. 38, I, 432).

Il peut également ne pas y avoir de partage matériel dans une autre hypothèse ; c'est lorsque l'ascendant attribue ses biens en totalité ou en partie à certains enfants, seulement à charge de payer aux autres des soultes de nature diverse. En réalité, cette hypothèse ne rentre pas dans celles qui ont été examinées plus haut. Sans doute, les biens ne sont pas partagés, ou plus exactement ne sont pas partagés entre tous les enfants prenant part au partage, mais tandis que, précédemment, l'absence de partage produisait l'indivision, il n'y a plus ici d'indivision. Les enfants, à qui des biens sont attribués, en sont seuls propriétaires ; c'est que malgré les apparences il y a eu partage ; seulement la forme du partage a changé ; il ne s'est plus effectué par une division matérielle, mais par une vente faite par certains enfants au profit des autres. La vente des droits de copropriété est un moyen normal de faire cesser l'indivision entre copropriétaires ; rien n'interdit à l'ascendant de l'employer ; la loi l'autorise à faire le partage de ses biens ; elle l'autorise implicitement par là à user pour cela de tous les moyens qu'elle a institués pour atteindre ce but. La donation de l'ascendant n'en conserve pas moins son caractère de partage anticipé pour le tout. Il est vrai que, depuis la loi de 2850 surtout, au droit de mutation entre vifs à titre gratuit peuvent se superposer des droits de soulte que j'étudierai plus loin. Cela a été admis par un arrêt précité de la Cour de Cassation du 1^{er} décembre 1830, et un autre arrêt du 30 décembre 1839 (Sir. 40, I, 153) a appliqué la même doctrine, lorsque la soulte due par l'enfant attributaire de tous les biens était payable aux créanciers de l'autre, créanciers qui ont ou non accepté ce paiement. Il est vrai qu'un arrêt du 8 juin 1841 a suivi

le système opposé, mais cet arrêt, dont le dispositif a été rapporté plus haut, est un arrêt d'espèce, qui peut s'expliquer par les circonstances de la cause.

Si une donation ne contenant pas de partage doit bénéficier du tarif réduit, *à fortiori* en est-il de même, lorsque cette donation est accompagnée d'un partage, mais que celui-ci est conditionnel. Il serait à peine besoin de mentionner cette conséquence, si la question n'avait pas été l'objet d'un arrêt de Cassation du 10 août 1830, qui a été déjà cité.

Inégale répartition des biens de même nature dans chaque lot. — La jurisprudence et la majorité des auteurs ont appliqué, non sans avoir longtemps hésité, les articles du Code, sur la répartition aussi égale que possible des biens de même nature entre les lots, aux partages d'ascendants. La violation des articles 826 et 832 Civ. entraîne la nullité du partage, si cette violation n'a pas été imposée par les circonstances, mais résulte au contraire de la simple volonté de l'ascendant. L'acceptation des enfants ne peut couvrir le vice, qui est la conséquence de cette nullité, car on considère que cette acceptation n'a pas été entièrement libre à cause de l'influence de l'ascendant (Cassation, 18 décembre 1848). Mais il faut remarquer que la nullité n'est pas de droit; elle ne peut être demandée qu'au décès du donateur; l'acte intervenu, quoique atteint d'un vice, n'en constitue pas moins, dans le présent, un véritable partage d'ascendants. Aussi l'administration ne pourrait-elle pas invoquer l'existence de ce vice pour refuser l'application de la loi de 1824. Les principes généraux sur la nullité des actes, au regard de la perception des droits d'enregistrement, ne permettraient pas d'adopter une autre solution, alors surtout qu'il s'agit

d'une irrégularité affectant seulement le partage et non la mutation, irrégularité qu'il n'est même pas toujours facile de discerner, car la répartition faite par l'ascendant peut se trouver légitimée par certaines circonstances de fait. D'ailleurs, en faisant enregistrer l'acte, les parties montrent qu'elles ont l'intention de l'exécuter telquel, au moins provisoirement, et il y a lieu de percevoir les droits à raison des mutations actuelles résultant de cet acte. C'est ce qui a été reconnu par un arrêt de Cassation du 11 avril 1838 (Sir. 38, 2, 432).

Incompatibilité du partage d'ascendants et du rapport réel. — On vient de voir que, pour la loi de l'impôt, le partage d'ascendants pouvait ne pas comprendre de division matérielle des biens donnés, et que la nullité provenant de l'inobservation des articles 826 et 832 était sans effet ; il ne faudrait pas croire cependant que l'ascendant puisse impunément violer toutes les prescriptions de la loi concernant le partage d'ascendants. Il y en a, au contraire, dont l'inobservation, affectant directement la mutation elle-même, enlève à l'acte le caractère de partage anticipé. La réduction des droits n'a été établie que parce que la libéralité de l'ascendant équivalait à une délation anticipée de sa succession. Cette libéralité n'est pas un avancement d'hoirie, elle ne s'impute pas sur la succession de l'ascendant, mais elle constitue une succession distincte, qui doit également faire l'objet d'un partage distinct. Les biens donnés sont donnés définitivement ; le donateur en est dessaisi aussi complètement que s'il était décédé. Une conséquence de ce caractère du partage anticipé, c'est que le rapport réel des biens donnés ne peut avoir lieu. La dispense de rapport est même de l'essence du partage. Si le donateur

imposait à ses descendants l'obligation d'effectuer le rapport en nature des biens donnés, il n'y aurait pas simplement nullité du partage anticipé, mais ce partage n'aurait pu se former. On se trouverait en présence d'une libéralité, parfaitement valable en elle-même d'ailleurs, mais qui constituerait en réalité une donation ordinaire, malgré le nom qu'on lui aurait donné. Il y a incompatibilité absolue entre le partage et l'idée de rapport réel, comme le remarquent Championnière et Rigaud : « La démission de biens se distingue de la donation ordinaire, surtout en ce qu'elle ne permet plus ni rapports ni partages nouveaux. » L'obligation de rapporter implique en effet un nouveau partage, et le premier cesserait alors d'être définitif pour devenir simplement provisoire. Il suit de là que l'administration est en droit de refuser de considérer comme un partage d'ascendants une donation faite à charge de rapport réel ; il n'y a pas là une nullité dont elle ne peut se prévaloir ; elle se trouve en présence d'un acte auquel manque un des éléments essentiels du contrat que les parties ont déclaré vouloir faire, et elle a le droit incontestable d'enregistrer cet acte non d'après son titre, mais conformément à sa nature réelle, c'est-à-dire comme une donation ordinaire. Un arrêt de Cassation du 7 mars 1876 a décidé avec raison qu'une libéralité, contenant des biens donnés à charge de rapport en nature, n'était pas un partage anticipé : « Attendu qu'il est de doctrine et de jurisprudence que les donations permises par les articles 1075 et 1076 Civ. ont pour effet de saisir les donataires des biens abandonnés, de la même manière qu'ils le seraient par l'ouverture de la succession des donateurs : qu'il s'ensuit que ces biens ne peuvent pas plus être l'objet d'un rapport que ceux d'une succession ; attendu, d'autre part, que l'obligation du rapport suppose

nécessairement un partage à faire entre les personnes pour lesquelles cette obligation existe ; qu'il ne peut en être ainsi entre les donataires recevant en vertu des articles 1075 et 1076, puisqu'il est de l'essence des actes faits en vertu de ces articles, qu'ils contiennent le partage des biens abandonnés. » Si certains biens seulement doivent être rapportés en nature, on devra percevoir sur eux le droit de donation ordinaire, le droit d'un pour cent pouvant rester applicable au surplus de l'acte, s'il n'existe aucun autre motif empêchant de lui maintenir le caractère de partage d'ascendants. Il faut observer que le rapport réel est seul interdit, le rapport fictif restant absolument licite. A défaut de clause expresse, ce rapport est même de droit pour le calcul de la quotité disponible. L'ascendant est parfaitement en droit de stipuler que les donataires rapporteront à sa succession les biens donnés pour une somme qu'il détermine (Cassation 6 mai 1879). L'interprétation des clauses de l'acte peut souvent être fort délicate ; c'est au tribunal qu'il appartiendra de décider si, en fait, il y a stipulation de rapport en nature ou simplement de rapport fictif. L'essentiel est que ce rapport laisse intacte la mutation résultant du partage d'ascendant, les biens donnés ne devant, sous aucun prétexte, être compris dans un nouveau partage.

Donations par préciput. — Si le partage ne peut comprendre des biens rapportables en nature, en revanche, il peut parfaitement contenir des donations faites par préciput. La libéralité de l'ascendant pourrait même être faite à chaque enfant à titre de préciput. Seulement il est nécessaire, dans ce cas, que le donateur indique expressément sa volonté de faire un partage anticipé, par exemple en déclarant qu'il entend user du bénéfice des

articles 1075 et 1076 du Code. Autrement, en effet, il serait présumé avoir voulu faire plusieurs libéralités ordinaires simultanées, car les biens compris dans un partage sont en principe rapportables fictivement au décès du disposant, pour déterminer la réserve, comme on vient de le voir. La dispense de rapport, contraire à la nature du partage anticipé, permet de supposer que l'ascendant n'a pas eu l'intention de faire un contrat de cette espèce. Mais ce n'est là qu'une présomption, qui tombe devant la preuve d'une volonté différente chez l'ascendant. D'après l'article 1079 Civ., le partage d'ascendant peut renfermer des dispositions par préciput ».

Clause d'avancement d'hoirie. — De même que le rapport fictif, la stipulation d'avancement d'hoirie peut être contenue dans un partage d'ascendants, sans lui faire perdre son caractère ; elle n'a en effet rien d'incompatible avec le dessaisissement définitif du donateur. Mais peut-on comprendre au partage des biens déjà donnés en avancement d'hoirie aux descendants, biens dont le rapport leur est ainsi imposé par l'ascendant ? Il faut répondre affirmativement à cette question, car le partage anticipé est l'image de la succession, et rien n'empêche d'y faire intervenir tout ce qui est de nature à figurer dans un partage de succession. Le rapport est même ici une opération normale et très naturelle, car il permet à l'ascendant de liquider et de répartir définitivement entre ses enfants tout ce qui compose son patrimoine, au moment où il fait sa libéralité, sans qu'un nouveau partage soit nécessaire à son décès, pour régler entre les enfants les rapports qu'ils se doivent réciproquement. Les partages d'égalisation, dont on s'est déjà occupé, sont basés essentiellement sur l'idée du rapport, formel ou explicite,

des libéralités antérieures. Seulement, lorsque ces libéralités, et ce sera le cas le plus ordinaire, auront déjà acquitté le droit de donation, on ne pourra pas plus exiger sur leur rapport le droit de présuccession, qu'on n'aurait pu exiger de droit de succession ordinaire en cas de décès. C'est ce qui a été admis par l'administration dans la pratique. Mais si la libéralité antérieure n'avait pas payé de droit de mutation, résultait par exemple d'un don manuel, il y aurait lieu de percevoir le droit établi par la loi de 1824 sur l'avancement d'hoirie constitué par ce don manuel, ainsi que l'a décidé un arrêt de la Cour de Cassation du 28 avril 1829.

Déduction des sommes données en avancement d'hoirie et des rentes viagères. — Les sommes données en avancement d'hoirie peuvent ne pas avoir encore été payées au moment où elles sont comprises, par voie de rapport, dans le partage d'ascendant. Doivent-elles continuer à être exemptées du droit de mutation ? Certains jugements ont déclaré que le droit était dû, autrement dit que ces sommes ne pouvaient être déduites, pour le calcul des droits, des biens dont l'ascendant se démettait au profit de ses enfants. En effet, ces sommes n'étant pas payées, constituent une créance des enfants, et par conséquent une dette de l'ascendant ; or les droits se calculent sur l'actif brut de la donation, sans aucune déduction pour les dettes ou charges. Ce système aboutit seulement à faire payer aux enfants un double droit de donation, lors de la première libéralité et lors du partage. S'il a été adopté à l'origine, malgré sa rigueur, parce qu'il paraissait conforme à la logique, il ne peut plus l'être aujourd'hui depuis un arrêt de Cassation du 29 juillet 1862, qui a décidé, en matière de succession ordinaire, que les sommes données,

mais non payées, devaient être déduites de l'actif à déclarer. On a considéré, qu'au regard de la loi de l'impôt, le donataire n'était pas créancier, mais propriétaire de la somme donnée, qui ne constituait plus dès lors une dette du *de cujus*, mais ne faisait plus partie de sa succession. Le partage anticipé étant en droit fiscal une succession anticipée, il y avait lieu de lui appliquer, pour les sommes déjà données qui s'y trouvaient comprises, la règle des successions ordinaires. L'administration s'est rangée à cette opinion.

Une règle analogue existe en ce qui concerne les donations de rentes viagères. Il faut supposer qu'une donation de cette nature a été précédemment faite à l'un des descendants. On a bien soutenu qu'il n'y avait pas lieu à déduction en raison de cette donation dans une succession ordinaire, en prétendant qu'une rente n'était pas assimilable à une somme d'argent. Mais la doctrine contraire doit être admise ; il n'y a pas de raison, en effet, pour distinguer suivant la nature de la donation qui a été précédemment faite au descendant, et la déduction est d'autant plus admissible, en l'espèce, pour le capital de la rente calculé au denier dix, que la loi admet cette base pour la perception primitive et autorise, en outre, la déduction de la rente au même taux pour les droits de mutation par décès, lorsque la rente résulte d'un legs fait par le *de cujus*. La rente est donc considérée moins comme une créance, que comme un bien *sui generis* distinct du surplus de la fortune du constituant et susceptible d'un véritable droit de propriété. La Régie a fini par adhérer à ce système pour le partage anticipé, tout en faisant une distinction qui s'explique d'elle-même lorsqu'il s'agit d'une rente s'éteignant de plein droit lors du partage. Cette rente n'existant plus n'est

évidemment pas de nature à être déduite des biens donnés.

Partage conjonctif entre époux. Enfants de divers mariages. — Je vais maintenant aborder la question des biens qui peuvent être compris dans un partage conjonctif entre époux, question qui a déjà été partiellement examinée, en ce qui concerne les descendants auxquels un pareil partage peut s'adresser.

Des époux remariés, mais n'ayant pas d'enfants d'un précédent mariage, peuvent disposer, au profit des enfants nés de leur union, de leurs biens propres et des biens de communauté. Un époux peut de même donner ses biens propres à ses enfants nés d'un premier mariage, mais il ne pourrait les confondre avec ceux de son conjoint pour les répartir sans distinction entre ses propres descendants et les descendants de ce conjoint. L'existence du second mariage est, en effet, sans influence sur la donation faite aux enfants du premier lit.

Partage des biens de la seconde communauté entre les enfants de précédents mariages. — Un époux a également le droit de distribuer, à titre de partage d'ascendant, ses biens propres entre ses enfants d'un premier lit et ses enfants nés de son second mariage, ainsi que sa part dans la seconde communauté supposée encore existante. Mais il ne peut former une seule masse des deux catégories de biens, des biens propres et des biens de communauté; attribuer, par exemple, les premiers aux enfants de son précédent mariage, et les seconds aux enfants du mariage actuel. Car il y a, en réalité, deux partages superposés et indépendants, l'un pour les pro-

pres, l'autre pour la part du donateur dans la communauté. Si les biens de ces deux partages sont réunis et confondus, avec répartition égale quant à la masse totale, mais inégale pour les biens de chaque espèce, il n'y a pas un véritable partage d'ascendants pouvant profiter du bénéfice de la loi de 1824. En effet, on ne peut plus considérer les attributions faites comme définitives, car elles dépendent du partage à intervenir pour la seconde communauté ; il n'y a donc pas incommutabilité des attributions faites, comme l'exige tout partage anticipé. A l'égard même des biens composant la part de l'époux dans la communauté en cours, et en supposant leur égale répartition, il s'est élevé sur ce point une controverse dont il convient de rendre compte. Une première opinion, défendue par Championnière et Rigaud (VI-559), admet que l'acte qui contient partage des biens de la seconde communauté, soit entre les enfants communs et les enfants du premier lit d'un des époux, soit entre ces derniers enfants seuls, soit enfin entre des enfants des premiers lits de chacun des conjoints, constitue un partage anticipé, et cela pour le tout. Il n'y a, dit-on, aucune incompatibilité entre la nature des biens de cette communauté, et les conditions requises pour la validité du partage d'ascendants. En outre, il y a partage de ces biens, partage qui peut prévenir une indivision fâcheuse et qu'il y a donc intérêt à favoriser. On fait valoir en ce sens que ni la loi de 1824, ni le Code ne spécifient au profit de quels descendants seulement le partage peut être fait, et n'exigent nullement que les droits de ceux-ci sur les biens donnés soient identiques. Sans doute, on ne peut d'avance préjuger le partage d'une communauté qui n'est pas encore dissoute, ni l'acceptation ou la renonciation de la femme. Mais le fait par chaque

ascendant de donner à ses propres enfants du premier ou du second lit des biens de la seconde communauté ne peut produire un pareil effet, bien que souvent les parents, pour déterminer les biens dont ils vont respectivement disposer, aient fait une espèce de partage provisionnel préalable entre eux de la communauté, comme si elle eût dû être immédiatement dissoute. Il n'y a là qu'une apparence de partage. En réalité, chacun a fait, au profit de ses enfants, une donation à titre de partage anticipé avec des biens de communauté, et c'est ce qu'il avait le droit incontestable de faire. En effet, la jurisprudence admet que le mari peut donner, à titre gratuit, des biens de communauté, si la femme concourt à l'acte, et qu'il en est de même à l'égard de la femme, qui n'est pas déchue pour cela du droit de renoncer. Il peut seulement y avoir lieu à des indemnités au profit de la communauté. Le partage anticipé est donc parfaitement possible pour les biens de la seconde communauté, même s'il n'y a qu'un seul enfant commun, car il y a, en fait, sinon en droit, un partage, provisoire en tant que partage, mais dont les effets sont définitifs en ce qui concerne l'attribution des biens à chaque donataire, puisque tout se réduit à une question de récompenses. L'administration a admis à plusieurs reprises, et encore assez récemment, cette théorie favorable aux parties, en s'appuyant sur ce que la démission a pour but d'éviter l'indivision entre des successibles et de prévenir les difficultés qui pourraient naître d'un partage après décès.

Malgré l'importance des arguments invoqués en faveur de la doctrine précédente, on peut hésiter à l'admettre. Une opinion absolument contraire est même enseignée par le *Dictionnaire des Rédacteurs*, qui déclare formel-

lement qu'*en aucun cas* le partage conjonctif, fait par deux époux ayant des enfants d'un premier mariage, n'a le caractère d'un partage d'ascendants pour les biens de la communauté, quand la donation ne concerne pas *exclusivement* les enfants communs. On fait valoir en ce sens, et avec pleine raison, qu'il importe peu que le partage soit destiné à éviter des difficultés possibles. Il faut voir seulement si la mutation est l'image d'une succession anticipée et d'une démission définitive, comme s'il y avait eu décès. En effet, on a vu que le partage n'était qu'un élément accessoire de la démission de biens, au moins en droit fiscal. Si l'on peut prétendre que, dans certains cas, sa présence est nécessaire pour conserver à un acte le caractère de démission, cette présence à elle seule n'est assurément pas suffisante pour assurer un tel caractère à un acte, quand celui-ci manque d'autres éléments plus essentiels, comme le dessaisissement. Réquier remarque à bon droit que l'existence d'un partage n'est même qu'apparente, que, comme il y a indivision forcée entre les époux, un véritable partage est impossible. Entre les enfants communs le partage conjonctif n'exige pas le partage préalable de la communauté, car les enfants ont des droits égaux du chef de leurs père et mère, et leur situation ne dépend pas du sort futur de la communauté. Quand il y a des enfants du premier lit, au contraire, la communauté se partage différemment, suivant que la femme accepte ou renonce, et cela à l'égard de tous les enfants, même de ceux qui sont communs, car les enfants du premier lit viennent en concours avec eux pour cette seconde communauté. En droit civil la Cour de Paris s'est prononcée pour l'impossibilité du partage par arrêt du 1^{er} juin 1836, tant pour les enfants particuliers de la femme, qui accepterait

d'avance la communauté en leur donnant une part de cette communauté, on y renoncerait en ne leur donnant rien, que pour les enfants du mari, dont la quotité des droits dans la communauté dépend du parti suivi par la femme. La démission de biens ne peut être ici l'image d'une succession, parce que l'on ne peut d'avance déterminer les éléments de cette succession future, et en particulier la quotité des droits de chacun. Il reste toujours un élément conditionnel résultant du parti que prendra la femme, que l'on ne peut arriver à éliminer. Le partage fictif auquel on procède n'est d'ailleurs pas le partage prévu par le Code qui doit s'effectuer entre les donataires ; c'est un partage entre les donateurs eux-mêmes. Cela est incontestable quand il n'y a qu'un enfant commun, le partage n'ayant lieu alors que pour déterminer les droits sur la communauté de l'enfant du premier lit en concours avec l'autre époux. C'est cependant sur ce partage qu'on s'appuie pour appliquer la loi de 1824. Et même si un pareil partage répondait aux exigences du Code, il n'y aurait cependant pas encore une démission de biens, parce que la condition juridique des biens est incompatible avec le dessaisissement absolu et immédiat. Pour ce dessaisissement, il faudrait en effet que la propriété fût dès maintenant consolidée sur la tête des donateurs, alors qu'il n'en est rien. Le partage provisoire que l'on a effectué n'a aucune base légale, et rien n'empêche qu'il intervienne au décès un partage définitif avec une distribution absolument différente. La renonciation de la femme peut même faire que celle-ci n'ait jamais eu de droits sur les biens qu'elle a cependant abandonnés. Elle n'a pu alors se dessaisir comme par décès, de biens qui n'auraient jamais appartenu à sa succession. En outre, à raison de cette renon-

ciation, ou à raison d'une nouvelle répartition, toujours possible, des biens de la seconde communauté, il peut y avoir lieu à des rapports qui mettent obstacle au dessaisissement. Il est de l'essence du partage anticipé que l'attribution faite aux enfants des biens donnés soit définitive, et ne puisse être remise en question par suite du rapport de ces biens et peu importe que ce rapport soit fait à la succession du donateur, ou à la communauté ayant existé entre lui et son conjoint. La conséquence à tirer de ce qui précède, c'est qu'aucun des époux ne peut comprendre des biens de la seconde communauté dans le partage, conjonctif ou non, qu'il fait au profit de ses enfants communs ou d'un premier lit, car il n'est pas en son pouvoir d'attribuer à sa libéralité le caractère irrévocable et définitif qui lui est indispensable. Mais s'il n'y a pas partage, il y a tout au moins donation ordinaire, car chaque époux peut donner à ses enfants des biens de communauté, sauf rapport ou récompense. C'est donc le droit de donation qui est seul exigible sur tous les biens de communauté, à l'exclusion du droit établi par la loi de 1824.

Cette seconde doctrine, aussi absolue que la première, mais en sens contraire, paraît être juridiquement la plus exacte, mais il ne convient pas cependant de l'adopter dans son intégrité. S'il est vrai de dire, en parlant du partage *conjonctif* des biens de la seconde communauté fait par les deux époux aux enfants communs et aux enfants d'un premier lit, qu'il n'y a pas partage de ces biens entre les enfants, mais entre les époux, et qu'un tel acte ne peut, *pour le tout*, bénéficier du tarif réduit, il n'est nullement exact d'affirmer que la condition juridique des biens de communauté ne leur permet pas d'être compris dans un partage anticipé. En effet ce n'est que le

rapport réel que la loi interdit. Or, l'ascendant peut parfaitement stipuler que les biens qu'il donne seront dispensés de rapport en nature, et que s'il se trouve redevable vis à vis de la communauté pour les emprunts qu'il lui aura faits, il n'y aura lieu qu'à un rapport fictif ou à une récompense pécuniaire ; un pareil règlement n'a rien que de très normal. Il est clair alors que le rapport ou la récompense imposés au descendant n'empêchent nullement la propriété des biens donnés de lui être immédiatement transmise d'une manière irrévocable. On insiste encore lorsqu'il s'agit de la femme, et l'on dit que, si elle vient à renoncer à la communauté, elle aura donné un bien qui ne pouvait dépendre de sa succession, alors que le partage ne peut comprendre que ce que comprendrait la succession. Mais il faut remarquer, que le bien donné, si l'on admet qu'il y a donation ordinaire, figurera dans la succession de la femme renonçante au moins comme rapport. Par le fait de la donation, elle acquiert sur le bien un droit que sa renonciation ne rend pas caduc. Elle peut seulement se trouver obligée à indemniser la communauté ; elle est en quelque sorte devenue un acquéreur conditionnel du bien qu'elle a donné ; si elle accepte plus tard, pas de difficulté ; si, au contraire, elle renonce, la condition se trouve accomplie ; elle aura donné alors un bien acheté par elle à la communauté, lui appartenant, par conséquent, et de nature à se trouver compris dans sa succession par voie de rapport réel ou fictif. Si l'on décidait que les biens de la communauté ne peuvent être donnés par chaque ascendant, on aboutirait dans bien des cas à supprimer pour eux la faculté de faire un partage anticipé, ou tout au moins à la restreindre singulièrement. L'ascendant déjà marié une première fois se trouverait dans une situation très défavorable, par rap-

port à celui qui ne l'a pas été, car il lui serait interdit de disposer d'une grande partie de son patrimoine, et cette situation serait d'autant plus bizarre que les actes de disposition lui seraient permis pour une donation ordinaire, mais pas pour un partage anticipé. Il y a là une contradiction qui repose sur la confusion que l'on fait entre le rapport réel, seul interdit dans le partage d'ascendants, et le rapport fictif, qui est très légitime. On se trouve ainsi conduit à donner la solution suivante. D'une part des ascendants ayant des enfants communs et des enfants de précédents mariages ne peuvent pas faire un partage conjonctif des biens de leur communauté entre leurs enfants communs et leurs autres enfants ; d'autre part chaque ascendant peut donner à ses propres descendants, qu'ils soient ou non communs des biens de la seconde communauté, pourvu qu'ils soient dispensés du rapport réel, stipulation qui peut parfaitement s'induire des termes employés par le donateur, par exemple de l'intention qu'il a exprimée de faire un partage d'ascendants. S'il distribue en même temps ses biens propres, il pourra ainsi superposer dans un seul acte deux partages distincts pour les biens propres et pour les biens communs ; il pourra même, s'il le préfère, faire une masse unique de tous ces biens, mais à condition de prendre dans sa libéralité les dispositions nécessaires pour répartir également entre ses descendants la charge des récompenses ou indemnités qui pourront éventuellement se trouver dues à la communauté.

En étudiant la question précédente, on a vu incidemment que lorsqu'il n'existait pas d'enfants d'un premier mariage, rien n'empêchait deux époux de faire entre leurs enfants communs le partage conjonctif des biens de la communauté existant entre eux. Comme les enfants ont

sur ces biens les mêmes droits du chef de chacun de leurs auteurs, un tel partage ne préjuge nullement le sort futur de la communauté, et est absolument indépendant de son acceptation ou de sa répudiation par la femme. Rien ne l'empêche donc, ni en droit civil, ni en droit fiscal, d'être considéré pour le tout comme un véritable partage anticipé, que les parents aient fait ou non une seule masse de tous leurs biens pour les distribuer.

Donation à titre de partage anticipé de sommes payables à terme. — Peut-on comprendre dans un partage d'ascendants des sommes payables à terme et productives ou non d'intérêt jusqu'à leur entier paiement? C'est une question qui a été très controversée, mais que la jurisprudence et l'administration suivies par plusieurs auteurs ont résolue en thèse générale par la négative. Si pratiquement cette question ne peut donc être aujourd'hui utilement soulevée, elle n'en offre pas moins un vif intérêt doctrinal. Au premier abord, il peut paraître étrange d'interdire à un ascendant de donner à ses descendants certaines sommes dans un partage d'ascendants, alors qu'il est libre de les leur donner dans une donation ordinaire. Mais, dit-on, le partage d'ascendants n'est pas essentiellement une libéralité, c'est une distribution faite par l'ascendant de ses biens, et une somme payable à terme n'est pas un bien pour l'ascendant, c'est une dette dont il se greève vis-à-vis de son descendant. Il ne transfère pas une propriété, mais crée une obligation. Il conserve en revanche ses biens et reste chargé de les administrer. On ne retrouve plus alors les avantages du partage d'ascendant qui a précisément pour but de décharger le donateur du souci de gérer son patrimoine. Grenier disait déjà dans son *Répertoire* (V^o *Partage d'ascen-*

dants, 8) : « Il résulte tant des expressions de l'article 1075 que de l'ensemble de tous les articles du chapitre, que le partage n'est point de sa nature une libéralité; il peut en devenir l'objet; mais le seul but de la loi est la distribution et le partage des biens. L'objet unique du législateur a été de faciliter des arrangements de famille, de prévenir des contestations, de maintenir la paix entre les enfants et d'éviter les frais inséparables d'une demande en partage ou en licitation. » Le donateur restant saisi de ses biens, le donataire ne peut devenir saisi de ces mêmes biens. Or, le dessaisissement est un élément essentiel du partage d'ascendants. Il est vrai qu'une donation ordinaire exige aussi le dessaisissement, et que cependant les donations de sommes payables à terme sont parfaitement valables. On répond à cela que, s'il y a donation de biens présents dans une donation de somme, c'est que l'article 938, spécial à ce cas, décide qu'il suffit, pour le dessaisissement, que le donateur se soit dépouillé du droit de disposer à titre gratuit de la somme donnée et soit lié vis-à-vis du donataire. Or le partage d'ascendants exige un transfert de propriété définitif, comme s'il y avait eu décès, et non la simple création d'un droit de créance entre l'ascendant et le donataire. Le dessaisissement doit être tel qu'aucun partage ne soit plus nécessaire au décès, à raison des biens donnés. Cela est évidemment impossible pour une donation de somme, qui, s'il n'y a pas eu paiement avant le décès, a simplement pour effet d'autoriser le donataire à opérer un prélèvement sur la succession lorsqu'elle sera partagée. On ne pourra plus séparer alors le partage fait par l'ascendant de celui de sa succession. L'ascendant n'aura pas de son vivant partagé ses biens; il aura seulement pris certaines dispositions pour le partage de sa succession. Il n'y a

pas dès lors de motif de favoriser par une réduction de droits sa libéralité qui ne se distingue d'une libéralité ordinaire ni par le rapport, puisque celui-ci en matière de donation de sommes non encore payées ne peut se faire en nature, et se réduit à un rapport fictif, ni par le dessaisissement, ni par aucun autre caractère, mais seulement par ce fait de se trouver jointe à des libéralités faites aux divers enfants du donateur. Le droit incorporel attribué à l'enfant, dit M. Garnier (*Rép. gén.*, 12598), constitue une valeur certaine et actuelle, mais ce n'est pas une valeur existante en nature parmi les biens du disposant; il ne saurait, dès lors, entrer dans le partage réel de ces biens. La même opinion est soutenue par le *Dictionnaire des Rédacteurs*, qui remarque que la donation d'une somme payable à terme implique, en général, que la somme n'existe pas chez le donateur. Le donateur n'a donc pas distribué ses biens, puisque s'il a transmis ou plutôt conféré à son descendant une certaine valeur, cette valeur ne lui appartenait pas, n'était pas un de ses biens. Et même, si la somme existe, elle n'est pas réellement détachée de son patrimoine. En droit, il peut en disposer, même à titre gratuit, et en fait il peut même l'employer à une libéralité immédiate. Ce n'est, d'ailleurs, pas en général telle somme lui appartenant qu'il aura donnée, mais une somme le plus souvent indéterminée qui pourra être payée avec des deniers quelconques. Il n'y a donc pas attribution effective aux enfants des biens existant en nature dans le patrimoine du démettant, puisque les enfants n'ont aucun droit, nonobstant la donation sur les sommes dont leur auteur peut se trouver détenteur. Dans un rapport fait à la Cour de Cassation, au sujet du procès tranché par l'arrêt de 1876 ci-après indiqué, le conseiller Tardif a fait observer en outre que la donation, au lieu

d'être définitive et irrévocable, peut devenir complètement illusoire, par suite de la grande différence entre avoir droit à la chose et avoir la chose elle-même. Les sommes dues, si elles sont payables au décès, ne le seront que sur les biens de l'ascendant, qui devront être réalisés d'abord, puis répartis entre les enfants avec de simples prélèvements, comme s'il n'y avait pas déjà eu un précédent partage. Si les biens laissés sont insuffisants, ceux qui auront reçu des biens en nature devront les rapporter pour rétablir l'égalité, alors que le partage anticipé exclut le rapport réel. Enfin si les ascendants deviennent insolvables avant l'exigibilité des sommes données, l'obligation de garantie, de droit dans tout partage, mais ne s'appliquant qu'aux causes antérieures au partage, se trouve virtuellement effacée, parce que le partage suppose que chaque copartageant a été saisi de suite des biens composant son lot, ce qui n'est pas ici le cas. On ne retrouve donc pas dans la donation de somme les éléments du partage anticipé, comme l'obligation de garantie, la dispense de rapport, la distinction entre les biens donnés et ceux conservés par l'ascendant. En sens contraire, on peut, il est vrai, invoquer ce principe que, pour la loi fiscale, les sommes payables au décès et antérieurement données sont considérées comme distinctes du patrimoine du de cujus et non comme de simples créances sur le défunt qui seront acquittées avec le produit de l'aliénation de ses biens. Le donataire, même par suite d'un partage d'ascendants, est censé avoir la propriété des sommes données qui sont distraites de la succession, avoir la chose même et non plus un simple droit à la chose. Il est aussi pleinement saisi que le donateur est dessaisi. On répond à cet argument en disant qu'il ne s'agit ici que d'une pure fiction, qu'il ne faut pas étendre au dehors de

ses limites légales, Elle n'a eu pour but que d'éviter le paiement du droit de succession sur les sommes données, mais elle ne répond pas à la réalité des faits juridiques et ne peut servir de base à une théorie, qui, même restreinte au pur droit fiscal, se retournerait contre ses auteurs; il faudrait, en effet, en admettant que la donation d'une somme équivaut à la distraction d'une partie du patrimoine du donateur, percevoir sur la donation le droit mobilier ou immobilier, selon l'importance et la nature des biens du donateur. De même, en cas de cession par le donataire du bénéfice de sa libéralité, il y aurait, non cession de créance, mais abandon de meubles ou d'immeubles indivis. Ces conséquences sont d'autant moins admissibles que, lorsque le donateur se libère du montant de sa donation, on perçoit le droit de quittance et non celui de décharge, qui serait seul exigible si le donataire était propriétaire au regard de la loi de l'impôt.

En droit civil, quelques arrêts anciens ont refusé plus ou moins explicitement le caractère de partage anticipé à des actes contenant donations de sommes payables à terme. Un arrêt de la Cour de Paris du 18 janvier 1825 décide qu'il n'y a pas division réelle des biens de la donatrice dans la donation faite par une mère à ses enfants de sommes égales payables lors de leur mariage et à imputer sur leurs droits dans les reprises de leur mère (Arrêts de la Cour de Rennes du 20 mars 1826, de la Cour de Bruxelles du 23 novembre 1833 et de la Cour de Cassation du 22 mai 1838).

Deux arrêts de la Cour de Cassation du 5 avril 1852 (Sir. 52, 1, 360) et du 10 décembre 1855 (Sir. 56, 1, 351) ont décidé que le tarif de la loi de 1824 ne pouvait pas s'appliquer aux donations de sommes payables à terme. Le premier arrêt a cassé un jugement du tribunal de la

Seine du 29 novembre 1849, qui avait vu un partage anticipé dans une donation faite à quatre enfants, d'une somme de 200.000 francs payée comptant pour une faible partie, et pour le surplus stipulée payable à terme avec garantie hypothécaire et imputation sur la succession du donateur, attendu que l'acte avait « opéré un complet dessaisissement des donateurs en investissant irrévocablement les donataires d'un droit, dont désormais ils avaient l'entière disposition, et une transmission actuelle de biens présentement disponibles. » — « Attendu que, dit la Cour, pour qu'il soit fait application aux donations entre vifs faites par les père et mère et autres ascendants à leurs enfants des dispositions de l'art. 3 de la loi du 16 juin 1824, il faut que, par ces donations, les père et mère ou ascendants fassent entre leurs enfants ou descendants, le partage de leurs biens, conformément aux articles 1075 et 1076 Civ. ; que, pour qu'il y ait partage dans les termes de ces articles, il faut qu'il y ait attribution aux enfants des biens présents des père et mère, tellement que les enfants ou descendants soient et demeurent saisis de ces biens par l'effet de l'acte, au moins quant à la nue-propriété, dans les cas où les père et mère s'en seraient réservé l'usufruit ; que telles ne sont pas les dispositions de l'acte... aux termes duquel les sieur et dame G... font donation entre vifs à leurs quatre enfants d'une somme égale de 200.000 francs pour chacun ; qu'en effet, aux termes de cet acte, ils s'en constituent seulement débiteurs envers eux, en tout ou en partie, sans qu'elle leur soit réellement remise, avec déclaration qu'elle sera imputée sur la succession du premier mourant d'eux, si les droits des enfants s'élèvent à cette somme, et le surplus sur la succession du survivant ; mais qu'ils n'attribuent à leurs enfants ni

leurs biens présents ni aucune part de ces biens ; qu'une telle disposition n'est qu'une constitution ou une promesse de dot égale à tous les enfants, mais non un partage entre tous ; que les enfants ne sont saisis par là que d'une créance contre leurs père et mère, mais non d'une partie quelconque de leurs biens, ce qui seulement pourrait constituer un partage. »

Le second arrêt concerne la donation d'une somme de 620.000 francs payable à terme avec intérêts, et s'appuie sur ce que l'idée du partage anticipé implique, comme condition essentielle, l'existence actuelle, dans la fortune du donateur, des biens abandonnés, et l'idée de leur division effective entre les enfants, opérant au profit de chacun d'eux, la transmission immédiate des biens mobiliers et immobiliers qui composent son lot, et que, sans cela, il peut bien y avoir donation entre vifs, opérant, au profit des enfants, transmission irrévocable de droits déterminés ou de créances sur le donateur, mais non un acte de distribution et partage de présuccession.

La même doctrine fut successivement appliquée par plusieurs tribunaux. La question fut ensuite portée de nouveau devant la Cour de Cassation, à l'occasion d'un jugement du tribunal de Nancy du 20 décembre 1875, qui, conformément à la jurisprudence antérieure, avait assujéti au droit de donation ordinaire l'attribution faite par deux époux à leurs enfants, avec d'autres biens, d'une somme de 223.000 francs payable dans un délai de quatre ans avec intérêts, en se basant notamment sur l'impossibilité de la garantie à raison de l'insolvabilité future des donateurs, et sur l'obligation du rapport qui résulte nécessairement du fait, pour une donation, de contenir à la fois des biens présents et des sommes payables à terme par le donateur, parce que, si

les sommes données n'ont pas été payées avant l'ouverture de la succession de l'ascendant, le rapport des biens présents qui ont été donnés à certains des descendants donataires s'imposera fatalement à ces attributaires, afin de rétablir l'égalité entre tous les enfants. La Cour confirma purement et simplement le jugement, sur le rapport du conseiller Tardif, par arrêt du 21 août 1876 (Sir. 77, 1, 37) : « Attendu qu'un acte de donation entre vifs ne peut jouir du bénéfice du droit réduit établi par la loi du 16 juin 1824, qu'autant que par l'effet de cet acte, les enfants sont réellement saisis des biens que leurs père et mère leur abandonnent, au moins quant à la nue-propriété, dans le cas où ils s'en réservent l'usufruit, comme ils le seraient par l'ouverture de leur succession et par un partage fait après décès ; que ces conditions et ces effets essentiels ne se rencontrent pas dans l'acte du 7 juin 1873, que sa stipulation qui ne retranche pas les sommes données du patrimoine des ascendants, dont elle leur laisse, au contraire, la libre disposition, soumet les attributions ainsi faites et qui consistent en simples droits de créance, aux éventualités de l'avenir, ce qui est inconciliable avec les effets définitifs et immédiats inhérents à un partage anticipé ; qu'en l'absence de dessaisissement réel et effectif, il peut y avoir donation entre vifs opérant transmission irrévocable de droits déterminés et de créances sur les donateurs, mais non un acte de distribution ou de partage de présuccession, acte qui implique que les enfants ont été saisis d'une partie quelconque de leurs biens présents. »

Exceptions à la perception du droit de donation ordinaire sur les sommes payables à terme. — La doctrine précédente repose sur des motifs absolument géné-

raux et qui paraissent s'appliquer indistinctement à toute somme payable à terme, indépendamment de son importance et du délai fixé pour le paiement, puisqu'il y a toujours constitution de créance et non mutation de propriété. Cependant, l'administration et les tribunaux ont cru devoir admettre quelques exceptions en se basant, soit sur ce que les sommes données étaient de peu d'importance, ou encore payables à très bref délai, ou encore sur d'autres circonstances de nature à faire supposer l'existence de la somme donnée chez l'ascendant au moment de la libéralité. Le retard dans le paiement peut avoir été stipulé pendant un certain temps dans l'intérêt même du donataire encore jeune ou inexpérimenté. Si la somme donnée est de peu d'importance, par rapport au surplus des biens démis, il est difficile de considérer que l'acte a perdu pour cela le caractère de partage. C'est la disposition principale qui domine et donne au contrat sa signification véritable, sans qu'on puisse, en général, le scinder en deux parties indépendantes, et appliquer le tarif des donations ordinaires à la somme donnée seule, car il forme un tout indivisible. Lorsque le délai de paiement est très rapproché, outre que l'existence actuelle de la somme donnée est fort probable, le donateur peut avoir voulu, moins se constituer débiteur d'une somme dont il paiera les intérêts, que faire une donation conditionnelle subordonnée au paiement de la somme promise, qui n'est pas encore immédiatement disponible, mais le sera incessamment. L'acte ne sera parfait que le jour où la somme donnée sera remise au donataire, où le transfert sera opéré. La mutation, au lieu de s'effectuer instantanément, s'effectue en plusieurs opérations. C'est l'entrée en jouissance qui est seule retardée. La situation présente quelque analogie avec ce qui se passait à Rome pour la

mancipatio ou l'*in jure cessio*. Le droit de propriété passait de suite d'une tête sur l'autre, mais le plus souvent la remise de la possession était encore nécessaire pour permettre à l'acquéreur d'exercer utilement le droit qui lui était transmis. Plusieurs solutions et jugements ont admis le droit d'un pour cent pour des sommes payables dans un délai très rapproché.

Les décisions sont plus nombreuses encore, lorsqu'il s'agit d'une somme dont l'existence chez le donateur paraît dès maintenant certaine. Il est vrai qu'il est parfois embarrassant, remarque M. Garnier (*Rép. gén.*, 13598, 2), de reconnaître, d'après les stipulations du contrat, si une somme d'argent existe ou non en nature parmi les biens du donateur. Comme ce dernier peut se réserver la jouissance des objets abandonnés, et que l'usufruit du numéraire consiste dans sa consommation même, il n'y a, en réalité, aucune différence entre l'obligation prise par le père de payer à terme une somme d'argent dont il n'a pas la disposition actuelle, et la clause par laquelle il se réserve la jouissance des deniers jusqu'à la même époque. Ce sont les termes de l'acte et les circonstances dans lesquelles il intervient, qui devront servir de guide. Je remarquerai seulement qu'il n'est pas fort logique de percevoir seulement le droit de la loi du 16 juin 1824, lorsqu'il s'agit d'une somme dont l'existence est même incontestable, car rien ne dit que c'est précisément cette somme qui a été donnée, et en outre le donataire n'est toujours que créancier, le donateur restant libre de s'acquitter avec des deniers tout autres que ceux qu'il possède actuellement. Mais, soit parce que cette contradiction a passé inaperçue, soit par suite de cette faveur spéciale dont les partages d'ascendants sont l'objet, on n'en a pas moins continué à faire profiter du tarif réduit les sommes

en question. L'importance de la somme donnée n'a pas été un obstacle à la perception du droit de partage anticipé, du moment où l'existence de la somme chez le donateur a paru démontrée en fait, soit par une réserve d'usufruit, soit par tout autre motif, ou même encore lorsqu'il était constaté que le donateur pouvait se libérer immédiatement au moyen des valeurs qu'il possédait au jour de l'acte (Charleville, 20 décembre 1872).

Pour un partage même dans lequel les donateurs avaient attribué à un donataire, pour sa part, une somme à peu près égale à celle qu'ils avaient cautionnée pour lui, en déclarant avoir payé déjà une partie des sommes cautionnées, ce qui les libérait d'autant, et devoir se libérer du surplus, en payant le reste de la somme cautionnée, le dessaisissement a été considéré comme actuel, parce que le donataire était insolvable, et que les donateurs pouvaient le contraindre à les indemniser des sommes payées ou à payer par eux en vertu de l'article 2032 du Code, relatif au débiteur en déconfiture.

La réserve d'usufruit ne fait pas, bien entendu, obstacle à l'application du tarif réduit établi par la loi de 1824, quand cette réserve paraît sincère, et que l'existence de la somme grevée d'usufruit est certaine. On a même soutenu que la clause de réserve d'usufruit impliquait dans une certaine mesure l'existence de la somme chez le donateur, et qu'il y avait dessaisissement immédiat de la nue-propriété.

Critique de la jurisprudence pour les sommes payables à terme. — Bien qu'elle soit consacrée par la jurisprudence et par l'autorité de plusieurs commentateurs, la doctrine précédente ne paraît pas s'appuyer sur des arguments décisifs. C'est ce que remarque M. Demolombe, qui la

critique dans les termes suivants : « Cette doctrine n'est pas conforme aux principes, et nous croyons en avoir d'avance fourni la preuve quand nous avons entrepris de démontrer qu'il faut considérer comme valable la donation entre vifs ayant pour objet des sommes payables à l'époque du décès du donateur ; car l'objection que l'on élève ici contre la validité du partage d'ascendant, n'est autre, en réalité, que celle qui a été élevée, d'une manière plus générale, contre toute donation entre vifs ainsi faite. Cette combinaison, d'ailleurs, permet à l'ascendant de satisfaire à des convenances très légitimes, ou de prendre les précautions que la prudence conseille. Que l'on excepte, dans l'intérêt de l'administration, le cas de simulation et de fraude, nous y adhérons, mais ce qui nous paraît excessif, c'est la doctrine qui prétendrait d'une manière absolue considérer comme simple donation entre vifs tout partage d'ascendants qui aurait pour objet des sommes payables à terme ou au décès » (23-60 *bis*). Les arguments invoqués par la jurisprudence se réduisent en définitive à deux : non-abandon de biens présents et absence de partage immédiat. Le premier de ces arguments repose, semble-t-il, sur une confusion. D'un côté l'on reconnaît qu'il y a bien dessaisissement actuel du donateur, que la libéralité est irrévocable, que ce n'est pas une donation de biens à venir, et, de l'autre, on vient soutenir que l'ascendant reste à la tête de son patrimoine, qu'il conserve tous ses biens, en un mot qu'il n'en fait entre ses enfants la distribution prévue par les articles 1075 et 1076 Civ. Cela tient à ce que, tandis que l'on s'attache au véritable objet de la libéralité, qui est la constitution d'une créance sur le donateur au profit du donataire, pour lui reconnaître les caractères essentiels de la donation entre vifs, on perd de vue cet objet et on le confond avec une fraction déterminée

de la fortune du donateur, lorsqu'on objecte que ce dernier ne s'est, en réalité, dépouillé d'aucun de ses biens. C'est une erreur de croire, qu'en donnant à ses descendants une somme payable à terme, l'ascendant ait voulu faire autre chose que se constituer débiteur de cette somme à leur égard avec une échéance plus ou moins rapprochée, qu'il ait entendu représenter par cette donation une quote-part de son patrimoine, quote-part dont il ne se serait alors dessaisi que fictivement. C'est une créance qu'il a donnée, c'est d'une créance qu'il s'est dessaisi, c'est par conséquent une créance qui est entrée dans la fortune du descendant. Le droit de donation de créance est seul exigible, et si l'attributaire cède ses droits, on ne doit percevoir sur la mutation que le droit de transport de créance, sans qu'il y ait lieu de s'occuper de la consistance mobilière ou immobilière du surplus des biens de l'ascendant. Si la dette est acquittée par ce dernier de son vivant, il ne peut se libérer qu'en deniers comptants; il n'a pas le droit de forcer le donataire à accepter en paiement certains de ses biens, soit meubles, soit immeubles, et, dans le cas où le donataire accepterait, le droit de donation en paiement serait incontestablement exigible, à l'exclusion de celui de quittance. La question se réduit dès lors à savoir si l'on peut valablement attribuer à un descendant une créance sur le donateur dans un partage anticipé. Pourquoi non? Puisque la donation d'une créance de cette nature est parfaitement régulière en droit civil, quel que soit le terme d'exigibilité fixé, que c'est une donation de biens présents, rien n'autorise à l'interdire dans un partage; il faudrait pour cela une stipulation expresse du Code. En faisant une donation de somme payable à terme, l'ascendant n'a fait qu'user d'une faculté légale qui lui appartenait, d'un mode normal

de disposition de son patrimoine. C'est une véritable distribution de ses biens qu'il a opérée ; il s'est, en effet, appauvri, bien qu'il ait conservé en fait le droit de faire des actes d'aliénation sur ce qui lui appartient encore ; son actif net est diminué du montant de la créance, d'autre part le donataire s'est enrichi d'autant ; il a acquis une créance dont il peut dès maintenant disposer, qu'il a le droit de transporter, de donner même à son tour. Il n'a pas une simple espérance, comme le donataire, de biens à venir.

Il n'y a, d'ailleurs, aucune raison pour interdire à l'ascendant de faire, par un partage anticipé, ce qu'il pourrait faire à son décès. La donation de sommes correspond aux legs de sommes, un délai pour le paiement pouvant être stipulé dans les deux cas. Le légataire d'une somme, s'il est héritier, interviendra au partage et comme héritier et comme créancier. Il ne réclamera pas des biens de la succession pour le montant de son legs, mais un paiement en argent. Puisque le partage n'est qu'un moyen offert aux ascendants pour ouvrir par anticipation leur succession, il doit leur permettre de régler cette succession, comme ils l'auraient fait en prévision de leur décès, et, par conséquent, de donner à leurs enfants les sommes qu'ils auraient eu l'intention de leur léguer. Une pareille disposition se conçoit comme très utile dans certains cas, lorsque, par exemple, des enfants sont mineurs ou interdits. La seule différence, c'est que le débiteur de la somme est le donateur pour le partage, tandis que c'est sa succession, c'est-à-dire chaque héritier pour sa part, lorsqu'il s'agit d'un legs. Une telle différence, résultant de la nature des choses, n'est certainement pas capable d'imprimer à la donation un caractère absolument différent du legs.

Celui-ci étant un procédé de répartition, de partage du patrimoine du testateur, il en doit être de même de la donation. La jurisprudence et l'administration ont bien senti, d'ailleurs, ce que l'argument qu'elles invoquaient avait d'insuffisant. Elles ont admis, en effet, dans la pratique, des exceptions qui sont inconciliables avec la théorie qu'elles soutiennent. Si l'on examine les diverses espèces dans lesquelles on a reconnu l'existence d'un partage anticipé, il est facile de voir que cette reconnaissance est essentiellement arbitraire, le droit de donation ordinaire ayant été perçu dans des espèces absolument identiques, ou même encore plus favorables. On prétend, il est vrai, qu'il s'agit ici d'une question de fait, et que les tribunaux devront apprécier si la donation d'une somme déterminée peut être considérée comme enlevant à un partage anticipé son caractère propre. Rien de moins exact. Si une somme payable à terme ne peut être donnée à titre de partage d'ascendant, cela tient à sa nature juridique et nullement aux circonstances de fait qui l'accompagnent. On cherche alors à justifier l'inconséquence des solutions admises, en les appuyant sur des motifs de droit, comme l'existence de la somme donnée chez le donateur, ou sur une réserve d'usufruit. Le premier de ces motifs manque le plus souvent en fait, comme on pourra le voir en parcourant les espèces citées, puisque l'on s'est contenté généralement de l'existence, non d'espèces, mais de biens et valeurs facilement réalisables et destinées à acquitter la somme donnée. Même exact en fait, ce motif est sans aucune valeur en droit, car la donation a pour objet la constitution d'une créance sur le donateur, et nullement la donation de tels ou tels deniers déterminés, pas plus qu'elle n'a pour objet la donation d'autres biens, meubles ou immeubles

dépendant de la fortune de l'ascendant. En ce qui concerne la réserve d'usufruit, elle n'a pas empêché dans nombre d'hypothèses la perception du droit de donation ordinaire. Dans les autres hypothèses, on ne conçoit pas que cette réserve ait pu influencer sérieusement sur la décision à adopter. L'usufruit d'une somme d'argent n'est qu'un quasi-usufruit. Il s'analyse juridiquement et en fait en une créance à terme du nu-proprétaire sur l'usufruitier, celui-ci ayant forcément le droit de disposer des deniers, de les consommer. Si la donation d'une somme payable à terme ne peut être qu'une donation ordinaire, il en doit être de même de la donation d'une somme avec réserve d'usufruit. Il n'y a, entre les deux hypothèses, qu'une différence de formules. Si, à cette différence, devait correspondre une différence dans la perception, il ne servirait à rien de refuser le bénéfice du tarif réduit aux donations de sommes payables à terme. Celles-ci seraient abandonnées en fait pour les donations avec réserve d'usufruit. Aussi, n'a-t-on pas hésité à traiter celles-ci comme des donations ordinaires dans nombre de cas, enlevant ainsi toute portée à l'argument que l'on a cherché à tirer d'une pareille réserve. Cependant, il y a bien ici donation d'un bien présent appartenant à l'ascendant, donation irrévocable en droit. Si, en fait, l'ascendant garde la disposition de la somme donnée, c'est en vertu d'un deuxième transfert fictif du descendant à l'ascendant, transfert imposé par la nature des choses, mais qui ne saurait produire des effets juridiques. On peut imaginer, d'ailleurs, une situation voisine, pour laquelle il est difficile de soutenir que le partage anticipé n'existe pas. L'ascendant peut avoir donné à ses descendants, en se réservant l'usufruit avec dispense d'emploi, des valeurs au porteur lui appartenant, ou des

denrées se consommant par le premier usage. Ces denrées, ces valeurs sont des biens appartenant à l'ascendant, des biens présents au premier chef et dont il opère la distribution entre ses enfants. Le vœu du Code et de la loi de 1824, même avec l'interprétation étroite que l'on cherche à leur donner, est incontestablement rempli. Cependant, l'ascendant a le droit d'aliéner les denrées, les valeurs dont il a l'usufruit, et les enfants n'ont plus alors contre lui qu'une simple créance. En quoi la situation diffère-t-elle lorsqu'au lieu de valeurs, la donation comprend des deniers? La créance est seulement née un peu plus tôt, mais l'ascendant n'en a pas moins gardé, dans les deux cas, la libre disposition de ses biens pris individuellement, libre disposition que l'on déclare inconciliable avec le partage anticipé. Si donc la jurisprudence, par analogie avec la donation de somme payable à terme, a cru pouvoir appliquer le tarif des donations ordinaires aux donations de sommes avec réserve d'usufruit, elle devrait aller encore plus loin et appliquer ce même tarif, dès que la réserve d'usufruit permet à l'ascendant de retenir, en fait, d'une main ce qu'il donne de l'autre. Mais une pareille conséquence est évidemment inadmissible; aussi, l'argument d'analogie invoqué par la jurisprudence se retourne-t-il, en réalité, contre elle, et permet de conclure, de proche en proche, que ni la donation de valeurs, ni celle de sommes avec réserve d'usufruit, ni enfin la donation de sommes payables à terme, ne sont incompatibles avec le caractère du partage d'ascendant.

La doctrine que je critique s'appuie également sur ce que la donation d'une somme ne comporte pas un véritable partage entre les descendants, qu'elle ne permet pas de règlement définitif immédiat, mais renvoie au

contraire ce règlement à une époque postérieure, le plus souvent au décès de l'ascendant. Outre que ce raisonnement manque de base dès qu'il s'agit d'un terme assez rapproché, qui n'est pas le décès du donateur et que l'ascendant se libère de sa dette de son vivant, on peut s'étonner, à bon droit, de voir invoquer ainsi l'absence de partage pour nier la possibilité de biens, alors qu'ailleurs on déclare que, contrairement au droit civil, le partage effectif, matériel, des biens donnés n'est nullement nécessaire en droit fiscal pour autoriser l'application du tarif établi par la loi de 1824. Si le partage est inutile, comme l'admettent la jurisprudence et l'administration, il l'est dans tous les cas sans exception. Qu'importe donc la possibilité d'un partage ultérieur, lors du décès de l'ascendant? Il convient, d'ailleurs, de remarquer que par la donation de sommes qui a été faite, l'ascendant a déterminé les droits de chacun de ses descendants, le montant, sinon la composition de leurs parts. Ils ont désormais une créance grevant le patrimoine du donateur, comme les autres dettes qu'il a pu contracter. C'est comme créanciers, non comme cohéritiers, qu'ils interviendront au partage. Les biens donnés par l'ascendant de son vivant, c'est-à-dire les créances qu'il a constituées, resteront donc distincts des biens qu'il laissera à son décès, biens dont chaque enfant n'aura sa part qu'après que toutes les dettes, y compris celles résultant des donations, auront été payées. Il peut même se faire que l'enfant donataire ne prenne part au partage que comme cohéritier, s'il a transporté antérieurement la créance qui lui avait été donnée par l'ascendant. Son cessionnaire sera un créancier ordinaire de la succession, qui n'aura droit qu'au paiement de sa créance, et non à une part quelconque de l'hérédité. On objecte encore qu'en admettant théorique-

ment la distinction des biens et des sommes donnés, des biens que l'ascendant laissera à son décès, il sera souvent impossible de maintenir en fait cette distinction. L'ascendant peut, en effet, devenir insolvable, et les enfants qui ont reçu des biens en nature seront obligés de les rapporter pour rétablir l'égalité entre tous les descendants. Il y aura ainsi, d'un part, obligation de rapport contrairement aux principes du partage anticipé, et, d'autre part, garantie pour des causes d'éviction postérieures au partage. Il semble qu'il y a là une inexactitude. L'enfant qui a reçu une créance payable à terme se trouve définitivement loti. Le sort ultérieur de sa créance ne peut intéresser ses copartageants, du moment où l'insolvabilité du débiteur est postérieure à la donation. Il a, d'ailleurs, le droit de prendre des mesures conservatoires ; le donateur peut se trouver déchu du bénéfice du terme, s'il tombe en déconfiture, et le descendant a le droit d'invoquer cette déchéance. Mais quand même il ne serait pas intégralement payé, il ne pourrait pas, à ce qu'il semble, se retourner contre ses cohéritiers, si ceux-ci n'acceptent pas la succession, ou ne l'acceptent que sous bénéfice d'inventaire. Par conséquent, aucune obligation de rapport ni aucune garantie pour faits postérieurs au partage. L'enfant, qui se trouvera en perte, aura seulement le droit de demander la nullité du partage, si les règles du Code sur la composition égale des lots n'ont pas été observées, mais ce n'est pas là un droit spécial résultant de ce qu'il lui a été fait donation d'une somme payable à terme. Il pourrait agir, même si cette somme était d'un recouvrement assuré. En outre, si les enfants ont accepté la succession purement et simplement, ils pourront se voir l'objet d'une action, mais comme cohéritiers et non comme copartageants. Ce que l'enfant non

payé leur réclamera, ce sera une somme d'argent, et nullement un rapport des biens déjà reçus. Il peut même se faire que le donateur soit devenu insolvable et que l'enfant ne réclame cependant rien ; c'est ce qui se présentera lorsque cet enfant aura cédé sa créance à un tiers sans garantir la solvabilité future du débiteur. L'enfant aura été payé, et la succession du donateur se trouvera en présence d'un créancier ordinaire, car peu importe la cause de sa créance. Aucun partage nouveau ne sera donc nécessaire.

Comme on vient de le voir, les arguments invoqués pour exclure les donations de sommes payables à terme des partages anticipés, ne paraissent nullement décisifs. Sans doute, il est peu probable qu'un revirement se produise à cet égard dans la jurisprudence. J'espère cependant avoir démontré que celle-ci s'est écartée sans raison suffisante des véritables principes, confondant en réalité les donations en question avec les donations de biens à venir, et qu'elle est ainsi arrivée à des résultats pratiques contradictoires, abandonnant la perception à des considérations de fait, sans aucune base juridique sérieuse, c'est-à-dire au plus pur arbitraire. Au contraire, la théorie que je me suis efforcé d'établir, plus respectueuse de la liberté des donateurs, n'est nullement en opposition avec les règles du partage anticipé, et à l'avantage, tout en déterminant nettement et sans ambiguïté les règles de perception, de ne pas mettre pour ainsi dire les donations de sommes hors la loi en créant pour elles un régime spécial, mais, au contraire, de les laisser soumises à l'empire du droit commun, les cas de fraude restant, bien entendu, hors de cause.

Fermages à échoir. — En présence de la doctrine de

l'administration sur les sommes payables à terme, il se pose immédiatement la question de savoir si tel ou tel bien donné par l'ascendant constitue ou non une créance à terme, ou un bien présent de nature à être compris dans le partage. Le plus souvent, les termes de l'acte permettront de résoudre sans difficulté la question. Une controverse s'est élevée cependant relativement aux fermages à échoir. On a soutenu qu'il n'y avait pas là une créance actuelle, parce que, les fruits civils s'acquérant jour par jour, les fermages non échus n'existent pas chez le donateur et qu'en outre ces fermages représentent une simple jouissance temporaire qui, comme l'usufruit, ne peut faire l'objet d'un partage. Mais ni l'une ni l'autre de ces deux objections n'est fondée. (Nérac, 4 août 1883.) En effet, il n'y a pas ici une créance sur le donateur, mais une créance contre un tiers, créance faisant partie du patrimoine du donateur, et dont il peut disposer au même titre que d'un quelconque de ses biens. De plus, cette créance n'est pas fictive, mais actuelle aux yeux de la loi fiscale ; elle n'a rien de conditionnel ou de successif, mais présente les caractères d'une créance ordinaire soumise seulement à la condition résolutoire de l'article 1184, comme résultant d'un contrat synallagmatique. Son transport ou sa délégation donnent ouverture au droit de transport ou de délégation de créance sur tout ce qui est encore du par le fermier. Sans doute, les fruits civils ne s'acquièrent que jour par jour ; mais ce principe n'a pas une portée générale et doit être restreint aux hypothèses pour lesquelles il a été établi, c'est-à-dire pour les règlements de comptes des non-fruitiers ou de ceux qui ont un droit de jouissance sur la chose louée. S'il en était autrement, on ne pourrait céder et transporter des rentes perpétuelles ou viagères dont les arrérages sont des

fruits civils. C'est, en réalité, le droit aux arrérages, ou la créance des fermages qui sont transférés plutôt que les arrérages ou les fermages eux-mêmes. L'objection tirée de ce que les fermages représenteraient une jouissance temporaire n'est pas plus fondée. Il n'est pas nécessaire qu'un bien soit perpétuel pour qu'il puisse être compris dans un partage ; l'essentiel est qu'il soit de nature à exister encore lors du décès de l'ascendant et à faire partie de sa succession. Cela n'a pas lieu pour un usufruit appartenant au donateur, mais il n'en est plus de même pour des fermages dont la durée est fixe et peut toujours, en fait, dépasser le terme de l'existence de l'ascendant. Il n'y aurait exception que pour un bail à vie dont la durée serait limitée à celle de la vie du donateur, qui est en même temps le donateur, mais c'est là une circonstance tout à fait anormale, les baux à vie se terminant, en général, par la mort du fermier et nullement par celle du propriétaire.

Créances irrécouvrables. — Un partage anticipé peut comprendre des créances mauvaises et d'un recouvrement désespéré. En principe, le droit de mutation est dû sur le capital nominal des créances. Cependant, une décision du Ministre des Finances du 12 août 1806 autorise, en cas de décès, les héritiers à ne pas payer de droits sur les créances irrécouvrables de la succession, en déclarant qu'ils y renoncent. La régie a refusé d'étendre cette décision aux partages anticipés, et un jugement du tribunal de Carcassonne, du 9 juin 1875, lui a donné raison. Le *Dictionnaire des Rédacteurs* critique la doctrine de l'Administration comme manquant de logique, parce que les partages d'ascendant sont assimilés aux mutations par décès, par la loi de 1824, en ce qui concerne les droits

d'enregistrement, et qu'il n'y a, dans le cas actuel, aucun motif sérieux pour écarter cette assimilation. La fraude n'est pas plus à craindre dans un partage anticipé qu'après décès, et, en exigeant le droit sur la valeur nominale des créances, on s'expose souvent à faire payer aux descendants une somme supérieure au bénéfice qu'ils retirent de la donation. Ces considérations sont peut-être équitables, mais elles n'ont pas une base rigoureusement juridique. Aussi s'explique-t-on sans peine qu'elles n'aient pas eu d'influence sur les tribunaux, qui, d'ailleurs, ne reconnaissent même pas, en matière successorale, une force légalement obligatoire à la décision de 1806. La régie paraît donc avoir pu, en toute liberté, refuser de l'appliquer aux partages anticipés.

Donation d'usufruit. — Un usufruit peut-il faire l'objet d'un partage anticipé? Il est impossible de faire à cette question une réponse unique. Il convient de distinguer deux situations différentes :

Usufruit appartenant au donateur. — 1^o L'usufruit abandonné aux enfants est constitué sur la tête de l'ascendant donateur. Il s'éteindra alors par le décès du donateur et ne pourra se trouver compris dans sa succession. Or, et cela est surtout vrai en droit fiscal, le partage anticipé est essentiellement une dévolution immédiate de la succession du disposant. Celui-ci ne fait que distribuer entre ses enfants, de son vivant, ce qu'il leur laisserait par décès. Ce qui n'existe plus au décès ne peut donc être donné à titre de partage d'ascendants. C'est précisément le cas pour l'usufruit appartenant à l'ascendant et constitué sur sa tête. Un pareil usufruit ne peut, en outre, par sa nature même, être partagé comme

les autres biens et réparti entre les lots au gré du donateur. Il ne peut faire l'objet que d'une attribution indivise ou égale pour tous. Si, en effet, cet usufruit composait par exemple à lui seul le lot d'un enfant, celui-ci se trouverait au décès ne plus rien posséder. Comme c'est à ce moment seulement qu'il faut se placer pour apprécier l'égalité entre les lots, et que des réclamations peuvent s'élever, l'égalité étant rompue, le partage sera forcément exposé à une action en nullité. Le seul moyen d'éviter cette action serait de ne pas répartir inégalement le bénéfice de l'usufruit entre les divers lots. Mais cette impuissance de l'ascendant de disposer à son gré de son usufruit est la meilleure preuve de l'impossibilité qu'il y a de faire de cet usufruit l'objet d'un partage anticipé, puisqu'on ne peut le comprendre valablement dans un tel partage qu'à la condition de ne pas le partager. Sans doute, en droit fiscal, le partage matériel n'est pas indispensable, mais encore faut-il qu'il reste possible, soit pour l'ascendant, soit pour les donataires. Aussi M. Garnier se refuse-t-il avec raison à admettre qu'un ascendant puisse donner, dans un partage anticipé, un usufruit reposant sur sa tête (*Rép. Gén.* 12611) : « Le partage d'ascendant n'étant autre chose que le partage d'une succession fictivement ouverte avant le terme naturel, qui est déterminé par la mort de l'auteur, il en résulte, par une conséquence forcée, que, pour qu'il y ait partage anticipé, il faut que les biens soient de nature à exister au décès du testateur. Or, toutes les fois qu'un usufruit repose sur la tête d'une personne, cet usufruit ne pouvant tomber dans sa succession, il est évident que cette personne ne peut faire de cet usufruit l'objet d'un partage anticipé. » Pratiquement la question précédente se pose le plus souvent lorsqu'un ascendant survivant abandonne

à ses enfants l'usufruit qu'il avait sur les biens de son conjoint prédécédé, ou encore lorsqu'un ascendant s'étant réservé l'usufruit de biens donnés par lui à ses descendants, renonce ensuite à cet usufruit. La seconde hypothèse soulève une difficulté relative au droit de transcription, et elle sera examinée plus en détail, à propos de ce droit. De nombreuses solutions ont refusé de considérer une pareille renonciation comme un partage, opinion qui est également défendue par M. Naquet (II, 949), et qu'ont adoptée les tribunaux. La Cour de Cassation n'a pas encore eu à rendre d'arrêt sur ce point.

Usufruit constitué sur la tête d'un tiers. — 2° L'usufruit donné n'est pas constitué sur la tête de l'ascendant. Cela se présentera assez rarement, mais le motif qui empêchait, dans l'hypothèse précédente, de percevoir le droit de partage d'ascendant ne se rencontre plus ici. L'usufruit peut en effet survivre au donateur, et par conséquent se trouver compris dans sa succession. L'ascendant peut légitimement vouloir le partager de suite. Sans doute l'usufruit sera peut être éteint avant son décès, mais il est impossible de le prévoir d'une manière certaine. Il n'y a là qu'une éventualité de nullité pour le partage anticipé, et la Régie est d'autant moins autorisée à s'en prévaloir, qu'elle se trouverait désarmée, même devant une nullité immédiate, pourvu que celle-ci ne transforme pas radicalement le caractère de l'acte qui lui est présenté. Ici, au contraire, l'acte est parfaitement valable, et quoique une attribution comprise au lot d'un copartageant soit aléatoire et susceptible de se réduire à zéro lors du décès du donateur, aucune action ne compète dès à présent de ce chef à ce copartageant, et il n'en aura peut-être jamais aucune

dans la suite. C'est ce qu'a reconnu le tribunal de Nérac dans un jugement du 4 août 1883 à propos d'une donation faite par deux époux à leurs deux filles à chacune pour moitié de l'usufruit pendant la vie des donataires de deux inscriptions de rente sur l'État, avec imputation de l'usufruit abandonné sur la succession du prémourant des donateurs : « Attendu qu'il est manifeste que cet usufruit diffère totalement d'un usufruit viager, constitué par un tiers sur la tête des donateurs, et que ceux-ci auraient ensuite donné ; attendu que, s'il est exact de dire que les biens pouvant faire l'objet d'un partage anticipé doivent être de nature à exister lors du décès des donateurs et à faire partie de l'actif de leur hérédité, il faut reconnaître que la principale condition du partage anticipé, l'attribution et le partage de cet usufruit entre les enfants se prolongeant au delà de la mort des donateurs, valeur appréciable et cessible, se rencontre d'ans l'acte du 13 avril 1882, puisque les coupons de ces titres de rente, à échoir depuis le décès des donateurs jusqu'à celui des donataires, ne pourront être de nouveau partagés ni attribués à l'une des donataires dans une proportion différente de celle que leur assigne l'acte. » Le tribunal a aussi fait remarquer que l'usufruit cédé représentait l'ensemble des arrérages à échoir jusqu'au décès des donataires et constituait ainsi une véritable créance d'un caractère propre pouvant faire l'objet d'un partage anticipé au même titre que des fermages à échoir, aucune distinction ne devant être faite entre les créances de capitaux et les créances d'intérêts.

Réunion aux biens donnés de biens précédemment indivis. — On vient de passer en revue les diverses espèces de biens qui pouvaient être ou non comprises dans un

partage d'ascendant, et attribuées aux donataires. Il ne s'est agi, bien entendu, que des biens donnés par les ascendants. Un partage peut, en effet, comprendre d'autres biens. D'abord, aux biens donnés par un ascendant à ses descendants, rien n'empêche d'adjoindre ceux abandonnés par son conjoint au profit des mêmes enfants. On suppose essentiellement qu'il s'agit d'enfants communs, l'hypothèse d'enfants de plusieurs lits ayant déjà été examinée. Les ascendants ont parfaitement le droit de faire une démission de biens conjointement et de réunir en une masse commune tous les biens abandonnés, ce qui peut être avantageux pour la composition des lots. Comme les enfants ont des droits égaux sur les successions de leurs deux parents, le partage une fois opéré sera parfait et ne dépendra pas des éventualités qui pourront se produire relativement à la succession de chacun des donateurs, et au sort futur de la communauté pouvant exister entre eux. En second lieu aux biens donnés, il est également loisible d'adjoindre des biens se trouvant déjà appartenir indivisément aux donataires, circonstance très fréquente lorsqu'un des parents est prédécédé et que le survivant opère entre ses enfants le partage anticipé de ses biens. Il sera souvent utile de faire un seul partage du tout ; aussi arrive-t-il fréquemment que la réunion des biens indivis aux biens donnés est, non pas faite volontairement par les enfants, mais exigée par le donateur, qui opère lui-même le partage. L'acte de l'ascendant n'en reste pas moins un partage anticipé. Seulement, comme on l'a dit précédemment, il y aura lieu de percevoir le droit gradué sur les biens déjà indivis qui se trouvent partagés, car, c'est là une disposition indépendante de la démission, et qui ne se trouve pas couverte par le droit perçu sur celle-ci. Quant à la composition

des lots, eu supposant que les biens appartenant aux enfants soient indivis entre eux dans les mêmes proportions que les biens provenant de la démission, il semble qu'il n'y a pas lieu dès lors de se préoccuper de l'origine de chaque bien pour percevoir le droit de soulte. Il n'y a pas, en effet, deux partages superposés ou distincts, mais bien un seul partage d'une masse unique et le droit de soulte ne pourra être réclamé que d'après l'ensemble des attributions faites. Tel est au moins la doctrine qui prévaut en France, en matière de partage ordinaire, comme de partage d'ascendants, à la condition cependant qu'il y ait un partage véritable et non un acte ayant simplement pour but de soustraire des mutations à l'impôt sous l'apparence d'un partage sincère. En Belgique, la jurisprudence paraît être beaucoup plus sévère et interdire la confusion de biens de plusieurs origines en une seule masse, l'effet déclaratif du partage ne devant se produire, tant au point de vue civil qu'au point de vue fiscal, qu'entre biens dont l'indivision a une cause unique. C'est là une prétention exagérée et qu'il n'est guère possible de justifier lorsque les copropriétaires se trouvent avoir tous des droits égaux dans les diverses masses à partager.

CONDITIONS POUVANT AFFECTER LE PARTAGE

Les conditions qui affectent le partage d'ascendants peuvent être très variées; elles comprennent d'une part les stipulations concernant l'attribution définitive ou

éventuelle des biens donnés, la réserve d'en disposer et leur imputation sur la succession des donateurs et d'autre part les clauses par lesquelles les ascendants ou imposent certaines charges à leurs descendants ou se réservent à leur profit divers privilèges et en particulier un droit d'usufruit.

Condition suspensive. — On a vu que le partage devait entraîner le dessaisissement du donateur, mais il n'est pas nécessaire que ce dessaisissement soit pur et simple. L'ascendant est libre d'apposer une condition à sa libéralité et d'en faire dépendre la mutation projetée, usant ainsi d'une faculté générale appartenant à tous les contractants à moins d'interdiction formelle dans la loi. Ainsi, quand le partage n'est pas accepté de suite par tous les enfants, ou résulte d'une série d'actes isolés, il est loisible de subordonner son effet translatif à l'acceptation du dernier des donataires. On peut également, la pratique en offre des exemples, stipuler que l'ascendant ne sera dessaisi que lorsque chaque donataire se sera marié du consentement des donateurs, la mutation devant alors se trouver opérée tant par le contrat de mariage contenant le consentement des donateurs que par le partage.

Le droit fixe est seul perçu sur le partage, et le droit proportionnel est exigible sur les contrats, la condition se trouvant réalisée.

Mais la condition ne doit pas être purement protestative. Autrement le dessaisissement ne serait que fictif, et le partage ne serait pas irrévocable. C'est ce qui arrive lorsque le donateur s'est réservé la faculté de disposer des biens donnés à titre gratuit ou onéreux, par exemple de les vendre pour payer ses dettes. Le partage anticipé serait nul, mais il ne semble pas que cette nullité puisse

avoir d'influence sur la perception. On ne peut, en effet, considérer la réserve de disposer comme enlevant à l'acte le caractère de partage anticipé d'une manière absolue. Il ne pourrait l'enlever que s'il n'y avait pas mutation du tout. Mais alors il n'y aurait pas plus donation ordinaire que partage, et aucun droit de transfert ne pourrait être exigé. Du moment où la réserve stipulée par l'ascendant ne fait pas obstacle à la mutation, mais se borne à l'affecter d'une nullité éventuelle, ce que l'on devra toujours apprécier d'après les circonstances de fait, on ne peut percevoir que le droit résultant de la teneur apparente de l'acte, sans tenir compte du vice dont il est atteint.

Réserve de la faculté de disposer de certains biens. —

L'ascendant se borne souvent à ne se réserver que la faculté de disposer de certains biens déterminés en prévision d'éventualités qu'il attend. Le partage ne sera pas nul pour le tout, seulement les biens pour lesquels une réserve a été stipulée doivent être considérés comme n'étant pas compris dans le partage. On a même soutenu qu'il en serait ainsi, que l'ascendant ait ou non disposé en fait de ces objets, conclusion peut-être excessive, mais en tous cas il n'y a pas lieu de se préoccuper de la réserve en question pour la perception du droit d'enregistrement.

Il est arrivé parfois qu'en donnant ses biens présents un ascendant ait stipulé que les biens composant sa succession seraient partagés également entre ses enfants. Cette promesse d'égalité serait radicalement nulle, car elle équivaut à une institution contractuelle et celle-ci ne peut être faite que par contrat de mariage. Aussi l'ascendant conserve-t-il le droit de disposer de ses biens par donation ou par testament. Le droit exigible sur la clause

du partage est, semble-t-il, le droit des actes innommés, car cette clause ne peut être considérée comme une institution contractuelle simplement affectée de nullité, puisqu'une pareille institution suppose essentiellement un contrat de mariage.

Imputation des biens donnés sur la succession du donateur ou de son conjoint. — Quand deux époux font conjointement le partage de leurs biens entre leurs enfants, peuvent-ils stipuler que les biens donnés s'imputeront sur la succession du prémourant d'eux, soit en totalité, soit seulement pour partie, et subsidiairement alors sur celle du survivant? Une pareille clause est licite en matière de donation ordinaire et de constitution de dot et, entre autres avantages, a celui de conserver à l'époux survivant, autant que possible, sa part effective dans le patrimoine commun, sans l'affaiblir outre mesure par des rapports ou des récompenses. On a soutenu que l'imputation n'était pas possible dans le partage anticipé et le transformait en donation ordinaire. Ce partage ayant pour but de remplacer le partage qui aurait lieu au décès du donateur, ne peut contenir que les biens qui dépendraient de sa succession, s'il décédait au moment de la donation. Avec la clause d'imputation, la donation sera censée faite pour tout ou partie par le prémourant. Si les biens faisaient partie de la communauté, tout se réduira à une question de récompense due à cette communauté par la succession qui peut rester débitrice, si les biens donnés sont imputables en totalité sur elle, et la dépassent en importance. Si la donation est faite avec des propres du survivant, la succession du prémourant en sera débitrice à son égard, et, en outre, le prémourant aura disposé des biens de son conjoint qui ne lui appar-

tenaient pas, et qui ne se trouveraient pas compris dans sa succession. Lorsque la succession du prémourant est insuffisante, cela peut donner ouverture à des recours entre les enfants et le survivant ; une liquidation sera nécessaire, tant pour régler ces recours que pour déterminer les indemnités et créances respectives des époux, ce qui enlève tous ses avantages au partage anticipé et remet en question les attributions qu'il contient, sujettes ainsi à des éventualités incompatibles avec leur caractère irrévocable. M. Naquet observe en outre que, lors du décès, le survivant cesse d'être donateur et que les sommes prises par lui dans son patrimoine pour la libéralité doivent alors lui être restituées, ce qui oblige les donataires à subir une action en reprises, en sorte que le partage primitif n'a plus rien de définitif (II-952). Quoique ce système soit défendu au civil et en droit fiscal par de nombreux auteurs et en particulier par Demolombe, il ne semble pas que l'on doive s'y arrêter. Comme le remarque Marcadé, au moment du partage, il y a dessaisissement actuel et inattaquable : « Jusqu'au décès de l'un des donateurs, il faut les tenir tous deux pour constituants ordinaires, comme si la clause n'existait pas, cette clause ne pouvant avoir aucun effet qu'après ce décès accompli. La donation est donc censée faite, quant à présent, pour moitié par chacun, et, tant qu'ils existent, les choses se passent comme si l'imputation n'existait pas : les parents sont traités comme constituants ordinaires chacun pour moitié. » Cette considération suffirait à elle seule pour faire percevoir sur les actes le droit de la loi de 1824, car il y a partage anticipé actuel ; seulement suivant que tel ou tel époux décèdera d'abord, il y aurait lieu à nullité en supposant vraie la doctrine que je viens d'exposer. La Régie ne pourrait pas plus se pré-

valoir de cette nullité qu'elle ne peut le faire de celle qui résulte de l'omission d'un enfant. Mais, il y a plus. L'éventualité qui peut atteindre le partage n'est pas de nature à en modifier le caractère. Il y a incertitude sur la personne du donateur, voilà tout, mais il y aura certainement un donateur et la donation qu'il aura faite sera irrévocable, parce qu'il n'a pas dépassé les droits qu'il tenait de la loi. Il pouvait prendre des biens de la communauté pour les donner. Il pouvait également donner les biens de son conjoint en les imputant sur sa succession future. Il est vrai qu'il lui était possible de laisser ces derniers biens dans sa succession. Mais le partage anticipé, comme le remarque avec raison M. Garnier, n'est pas, même à l'égard du droit fiscal, la copie absolue du partage de succession (*Rép. Gén.* 125 87) : « Il y a entre eux des différences nécessaires qui tiennent aux moyens par lesquels ils se réalisent... Le partage anticipé procédant d'une donation entre vifs, il faut bien admettre que le disposant pourra faire certaines choses qui ne se produiraient pas dans un partage pur et simple de sa succession. Il pourra, par exemple, sans que l'opération cesse pour cela d'avoir le caractère d'une distribution de biens, y comprendre, soit sciemment, soit par erreur, des valeurs dont il n'est pas propriétaire. Que sa disposition soit nulle à l'égard du véritable maître de la chose, ce n'est pas la question ; il est par trop manifeste qu'on ne peut pas plus donner le bien d'autrui par une démission de biens que par une autre libéralité. Mais entre les parties, l'acte produira ses effets ordinaires, ce sera toujours un partage d'ascendants. Dans le contrat actuel, qu'est-ce que fait, en l' définitive, chaque donateur ? Il dispose éventuellement d'objets dont il n'a pas la propriété : il comprend dans sa libéralité

certaines objets appartenant en propre à son conjoint. « En outre, la donation étant faite conjointement, chaque époux donne les propres de l'autre époux avec le consentement de celui-ci. La donation est donc valable à son égard, comme à l'égard des descendants. On peut même dire que les biens donnés dépendent réellement de la succession du prémourant. Si celui-ci et son conjoint avaient fait une donation ordinaire à ses enfants, avec les biens de ce conjoint, avec clause d'imputation, il y aurait dette de la succession à l'égard du conjoint, mais non révocation de la donation. Lors de la donation, il y a eu en quelque sorte cession implicite par le propriétaire des biens à l'autre époux pour qu'il puisse attribuer ces biens au donataire, cession éventuelle et dont le prix constituera une dette grevant la succession du prémourant. C'est à cette succession qu'aura lieu le rapport des biens donnés, et c'est elle qui devra en être considérée comme devenue propriétaire sauf indemnité. Ce qui est vrai d'une donation ordinaire, s'applique évidemment au partage anticipé, et ainsi tombe l'un des arguments invoqués contre la doctrine que je soutiens. Reste la question des indemnités et de la liquidation possible du décès. Mais ces indemnités ne touchent en rien à la propriété des biens donnés. Celle-ci n'est déplacée. Les attributions résultant du partage ne sont pas et ne peuvent être modifiées. L'époux survivant qui a participé à la donation n'est pas fondé à la révoquer ; car il reste donateur au moins pour la garantie qu'il doit aux donataires, et n'a pas le droit de les évincer. Entre les donataires, il ne peut non plus s'élever de réclamations, leurs droits étant égaux et la personne du donateur étant sans influence sur la composition des parts. Si dans certains cas, l'abandon des biens n'est pas définitif, il n'y a

pas cependant lieu à un rapport réel, mais à un rapport fictif constituant un simple avancement d'hoirie, ce qui n'a rien d'incompatible avec le partage anticipé. L'indivision ne renaîtra pas, chaque donataire étant investi de son lot comme un héritier et non comme un donataire. Les indemnités et récompenses dues n'aboutissent pas à des rapports en nature, mais constituent de simples règlements de compte.

De plus, ces règlements n'interviennent pas entre les enfants, mais entre la succession du prémourant et le survivant, c'est-à-dire entre les donateurs. Le résultat de ces règlements peut se traduire par une indemnité due au survivant, mais cette indemnité ne compromet nullement l'existence du partage. Le donateur peut, en effet, charger ses descendants de payer une de ses dettes personnelles; c'est ce qu'il a fait ici, où la dette est seulement éventuelle. Cette dette n'aboutira d'ailleurs pas à un paiement; elle s'imputera généralement sur les droits des enfants dans la succession du survivant. La donation faite par celui-ci se sera trouvée résolue par l'événement du décès. Elle était en effet affectée d'une condition résolutoire parfaitement licite d'ailleurs, puisque le donateur aurait pu aller jusqu'à stipuler que le partage fait par lui serait révoqué lors de l'arrivée de tel ou tel événement. Ici le partage n'est pas révoqué; seulement il est censé fait exclusivement par le prémourant à la charge d'une indemnité au profit du survivant.

Quant à l'obligation d'une liquidation au décès, elle ne peut influencer sur la nature du contrat intervenu. Car, d'une part, il s'agit d'une liquidation qui laisse intactes les attributions faites par les ascendants et ne comprend qu'un règlement de comptes, et, d'autre part, le partage dans une démission de biens peut se trouver reculé

jusqu'au décès du donateur, sans que la loi de 1824 cesse d'être applicable.

C'est cette dernière doctrine qui a été suivie à l'origine par la jurisprudence. La Cour de Cassation l'a bien, il est vrai, écartée par un arrêt du 7 mars 1876. Mais cet arrêt ne visait la clause d'imputation qu'incidemment et ne tranchait pas d'une façon absolue la question. La Cour s'appuyait surtout, pour refuser à l'acte qui lui était soumis, le caractère de partage anticipé, sur ce qu'il y avait stipulation de rapport réel, stipulation qui, jointe à la clause d'imputation, démontrait évidemment qu'on se trouvait en présence d'une donation ordinaire. La question fut portée de nouveau devant la Cour de Cassation qui, dans son arrêt du 6 mai 1879 (Sir. 79, I, 429) a abandonné la théorie contenue implicitement dans l'arrêt de 1876, et décidé formellement que la clause d'imputation était conciliable avec le partage d'ascendants : « Attendu que la stipulation d'imputation dans les circonstances de la cause et rapprochée des autres termes de l'acte n'est nullement inconciliable avec la qualification que l'acte a reçue ; que, sans doute, les clauses d'imputation et de rapport sont incompatibles avec le partage d'ascendant, lorsqu'elles imposent aux donataires l'obligation de remettre effectivement, lors du décès du donateur, les biens donnés ou leur équivalent dans la masse héréditaire ; mais qu'il n'en saurait être ainsi des clauses qui, nonobstant l'emploi des expressions « imputation et rapport », ne modifient pas éventuellement l'acte de partage ; que non seulement les immeubles, objets du partage, sont expressément dispensés du rapport en nature ; mais encore que les donataires sont tenus de procéder immédiatement, avec l'assentiment et sous les yeux des donateurs, au partage des biens ; qu'en outre

l'acte constate qu'il a été procédé en effet à un partage et que les copartageants viendront, en ce qui concerne seulement les biens partagés, avec des droits égaux aux successions de leurs père et mère ; que de ces stipulations et constatations, il résulte qu'en fait comme dans l'intention des parties, il y eu dévolution irrévocable des biens compris dans l'acte, et attribution définitive à chacun des donataires de la part à lui faite dans lesdits biens. »

Legs par préciput de la plus-value d'un lot sur les autres. — L'égalité absolue dans le partage n'est pas toujours possible, et cependant si elle n'est pas observée, une action en nullité est toujours possible et viendra détruire l'œuvre de l'ascendant en suscitant des controverses entre les enfants. Aussi, arrive-t-il fréquemment que le partage contienne une clause par laquelle l'ascendant déclare donner par préciput à ses enfants la plus-value qui peut se trouver actuellement ou survenir dans leurs lots jusqu'à son décès. Cette clause est valable jusqu'à concurrence de la quotité disponible, mais elle est sans influence sur la perception, puisque le droit est le même sur les attributions par préciput ou à titre de partage égal. Cependant, elle pourrait servir à écarter le droit de soulte, toute présomption de fraude mise à part, s'il se révélait, au moment du partage, quelque inégalité de nature à motiver la perception de ce droit.

Charges imposées par l'ascendant aux donataires. -- J'arrive maintenant aux conditions qui constituent à proprement parler des charges de la donation. Ces charges n'enlèvent pas en principe à l'acte son caractère, du moment où elles sont inférieures à la valeur de l'objet

donné. Elles ne permettent même pas de décomposer l'acte en deux parties comprenant l'une un contrat à titre gratuit et l'autre un contrat à titre onéreux. L'indivisibilité du contrat intervenu s'oppose à un pareil partage, qu'il s'agisse d'une démission de biens ou d'une donation ordinaire, ainsi que l'a reconnu un arrêt de la Cour de Cassation du 23 avril 1867 (Sir. 67, 1, 264). Championnière et Rigaud remarquent même qu'à raison de sa nature et de son but, un partage anticipé aura rarement le caractère d'un acte à titre onéreux en tout ou en partie, car l'ascendant sera rarement présumé vouloir spéculer avec ses enfants.

Païement des dettes du donateur. — Le donateur peut d'abord imposer à ses enfants de payer ses dettes, ce qui se comprend facilement, surtout s'il abandonne tous ses biens présents qui constituent le gage de ses créanciers. Cette charge ne donne lieu à aucun droit spécial et se trouve couverte par le droit perçu sur la donation lorsqu'il s'agit de dettes payables à des tiers. Mais il peut en être autrement lorsque ce sont les enfants qui sont eux-mêmes créanciers de l'ascendant. La libération de celui-ci constitue une des charges de la donation et s'opère donc par voie de dation en paiement. Seulement cette dation n'est pas formelle. Ce ne sont pas tels ou tels biens déterminés qui servent à libérer le donateur; c'est la donation même qui le libère. Chaque enfant est apportionné comme héritier et non comme créancier à l'égard du père. Celui-ci a abandonné ses biens à ses enfants, à charge de le libérer, et ce sont les enfants qui se paient réciproquement de ce qui leur est dû, comme ils paieraient des créanciers ordinaires. Aussi, aucun droit n'est-il même dans cette hypothèse. On ne peut pas dire, en effet, qu'il

y ait libération définitive, car celle-ci reste soumise aux éventualités susceptibles d'amener la révocation de la donation, constitue une disposition essentiellement dépendante de l'acte qui ne peut se décomposer, mais reste, au contraire, pour le tout un partage anticipé. Les tribunaux ont, à plusieurs reprises, reconnu l'indivisibilité du partage en s'appuyant notamment sur ce qu'il n'y avait pas assignation de biens particuliers aux dettes, le donataire attributaire comme créancier, ne pouvant, en cas de nullité, rien retenir.

La solution serait différente s'il résultait de l'acte que l'ascendant a voulu se libérer envers tels ou tels enfants avec certains biens déterminés, et faire donation du reste. La libération n'est plus une condition de la donation; elle en est indépendante, survit à l'annulation du partage et donne ouverture au droit de dation en paiement. Ce droit a ici une base qui lui manquait dans l'hypothèse précédente; il dépendra des biens que le donateur aura compris dans le lot affecté à l'acquit de ses dettes; il n'y a plus incertitude comme lorsqu'aucune assignation spéciale n'ayant été faite, on ne pouvait savoir s'il fallait percevoir sur tels biens de préférence à tels autres. La Cour de Cassation a reconnu l'exigibilité du droit de dation en paiement par arrêt du 11 décembre 1838 (Sir. 38, 1, 955) : « Attendu que ce n'est point en qualité d'héritiers présomptifs de leur père, mais comme créanciers antérieurs au partage et pour les remplir de sommes à eux dues par le donateur et fixées dans l'acte, que deux des enfants ont reçu à titre de prélèvement et hors partage, quoique par le même acte, des immeubles déterminés; que cette disposition, qui doit être interprétée en elle-même, est distincte et indépendante du partage. »

C'est, d'ailleurs, une question de fait de déterminer s'il y a dation en paiement régulière ou simplement obligation de libérer le donateur.

Stipulation d'une rente viagère pour le donateur. —

Au lieu du paiement de ses dettes, ou même simultanément, le donateur peut imposer d'autres charges à ses descendants. Il peut, en particulier, les obliger au paiement d'une rente viagère. Cette rente ne devra pas être déduite des biens donnés pour le paiement du droit de donation, car ce droit se perçoit sur l'actif brut transmis sans aucune déduction, mais en revanche la rente, étant une *charge* de la donation, échappera à la perception d'un droit distinct. C'est là d'ailleurs une règle générale pour les donations, règle d'équité, car si la loi ne permet pas la déduction des charges, c'est-à-dire du passif en cas de mutation à titre onéreux, elle ne doit pas exiger un droit supplémentaire sur ce passif qui est simplement *réservé* au donateur, mais ne lui est pas en réalité *transmis*. Dans le cas particulier d'une rente viagère, pourvu que celle-ci soit proportionnée aux biens donnés, on est obligé de s'en tenir aux termes de l'acte, et de considérer celui-ci comme un partage anticipé et non comme une vente à fonds perdu, ce qui serait dans certains cas plus avantageux au Trésor, par exemple quand il y a abandon d'immeubles. La rente est, en effet, moins un prix que l'acquit d'une dette naturelle, la dette alimentaire des enfants vis-à-vis de leurs ascendants. Peu importe la forme donnée à la rente viagère, qu'elle soit payée par tous directement à l'ascendant, ou que l'un des descendants se charge d'entretenir l'ascendant et reçoive pour cela une pension de ses copartageants.

Exceptionnellement la stipulation d'une rente viagère

ou d'une pension alimentaire pourrait donner lieu à un droit, lorsqu'il serait impossible de la considérer comme une charge de la donation. Cela se présentera lorsque cette rente ou cette pension, au lieu d'être imposées par le donateur, seront consenties volontairement par les enfants. Tout dépendra à cet égard des clauses du contrat intervenu. Lorsque la rente est constituée par les enfants, on ne peut soutenir qu'elle est réservée par le donateur ; il y a transmission des enfants à l'ascendant, transmission indépendante de la donation, et le droit doit se percevoir au denier dix comme pour un bail de nourriture.

Au lieu d'une rente viagère, le donateur peut stipuler qu'il aura le droit d'aller vivre chez ses enfants. Si c'est un droit qu'il se réserve pour l'avenir, sans en user immédiatement, il peut même être convenu qu'il paiera à ses enfants une rente viagère pour prix de son entretien. Ce ne sont là que des dispositions accessoires et essentiellement dépendantes. Il en serait toutefois autrement, si l'ascendant donateur déclarait louer ses services à l'un de ses enfants pour le temps qui conviendra aux parties et moyennant le logement, l'entretien et une somme fixe par an. C'est là une clause qui ne rentre pas dans celles du partage anticipé, mais constitue un contrat formé librement entre les parties indépendamment de la donation. Ce contrat donne ouverture au droit correspondant à sa nature propre, dans l'espèce du droit d'un pour cent, comme marché ou bail d'industrie. On ne pourrait, en effet, le considérer comme un bail à vie tarifé à deux pour cent, puisque sa durée dépend de la volonté des parties.

Réserve d'usufruit au profit du donateur. — Une des clauses les plus fréquentes dans un partage d'ascendants,

c'est la réserve d'usufruit faite par le donateur sur les biens donnés, ou la condition imposée par lui d'un abandon d'usufruit en sa faveur sur certains biens appartenant déjà aux donataires. Quand l'usufruit est réservé sur les biens donnés, c'est une simple charge de la donation ne donnant ouverture à aucun droit. Mais par application des articles 14 et 15 de la loi de frimaire an VII, le droit de donation se perçoit sur la valeur entière des biens donnés, sans aucune déduction. C'est un point qui ne peut faire doute et qui a été consacré par un jugement du tribunal de Charolles du 13 avril 1838, jugement qui décide également que le partage ne perd pas son caractère d'actualité, parce que certains biens sont abandonnés en nue-propriété seulement.

Très souvent, outre l'usufruit des biens donnés, le donateur se fait céder l'usufruit de biens appartenant aux donataires, par exemple de ceux qui composaient la succession de son conjoint prédécédé. Si cette réserve ou cession est imposée aux enfants, comme une condition de la donation, il est difficile de la considérer autrement que comme une charge n'en altérant pas le caractère, comme une disposition dépendante et par suite couverte par le droit perçu sur le partage anticipé. M. Demante remarque avec raison que cette interprétation de l'acte est corroborée par la nature des droits conférés à l'ascendant et aux enfants, le caractère perpétuel du titre de ces derniers lui conférant la prévalence sur le titre viager de l'ascendant. Cette doctrine a d'ailleurs été admise à l'origine par un arrêt de la Cour de Cassation du 19 avril 1847 (Sir. 47, 1, 454) : « Attendu que la clause principale de l'acte est évidemment la donation faite par la mère aux enfants, et que celles par lesquelles la donatrice se réserve l'usufruit des biens qu'elle donne et exige

celui des biens qui appartenait aux donataires ne sont qu'accessoires et forment autant de conditions qu'elle était libre d'apposer à sa libéralité. » Mais la présomption qu'une pareille réserve d'usufruit constitue une charge de la donation et que le partage forme la disposition dominante du contrat n'est pas absolue. Elle peut se trouver détruite par les autres clauses de l'acte, desquelles il résulterait que la cession d'usufruit faite par les enfants constitue soit une donation indépendante, soit une mutation à titre onéreux spéciale et distincte. L'acte se décompose alors en deux parties, en un partage et en un transfert d'usufruit, qui sont simplement concomitants, mais sans autre lien entre eux que leur réunion en un même acte, et qui donnent ouverture à des droits séparés. L'administration a bien entendu le droit de rechercher quelle est la véritable nature du contrat qu'on lui présente, sans être obligée de s'en tenir à la forme que les parties ont cherché à lui donner.

Au lieu d'un droit viager sur les biens de ses descendants, le donateur peut, toujours comme charge de sa donation, se faire abandonner la pleine propriété d'un de ces biens.

Depuis quelques années, l'administration a cherché à revenir sur la doctrine précédente. Elle a prétendu distinguer entre la réserve d'usufruit sur les biens donnés et entre l'abandon d'usufruit sur les biens des donataires, cet abandon devant constituer une cession distincte et indépendante. Constitue également une clause distincte et une donation nouvelle, dans tous les cas la stipulation d'une rente viagère au profit des donataires afin de leur tenir compte de l'usufruit qu'ils abandonnent. C'est à propos d'une donation ordinaire d'un immeuble avec réserve d'usufruit et constitution d'une rente viagère que

l'administration a réussi à faire consacrer sa prétention par un arrêt de la Cour de Cassation du 21 août 1872 (Sir. 72, 1, 441) : « Attendu que, si, dans la pensée des donateurs, les deux dispositions ont été faites en vue d'un but unique, celui de fournir aux époux le moyen de soutenir les charges du mariage, elles constituent cependant deux libéralités distinctes par la nature des choses données, ainsi que par les règles propres à chacune d'elles; que loin de dériver nécessairement l'une de l'autre, elles pourraient exister l'une et l'autre séparément; que sans doute la rente a pu être donnée pour tenir lieu à la donataire de la jouissance des immeubles constitués sous réserve d'usufruit au profit des donateurs, mais qu'elle n'en est pas moins un don spontané formant en fait un contrat isolé et distinct. » Le contrat ne mentionnait pas expressément que la rente tiendrait lieu de l'usufruit, mais les termes de l'arrêt montrent que cette considération eût été sans influence. L'administration a immédiatement appliqué cette nouvelle doctrine au partage d'ascendants, rien ne le distinguant de la donation ordinaire en ce qui concerne les charges. Mais il n'y a pas lieu de considérer cette jurisprudence comme fondée pour les motifs qui ont été précédemment donnés. Il n'y a aucune raison pour distinguer entre les diverses charges qui peuvent être stipulées dans une donation ou un partage, du moment où il résulte des termes de l'acte que ce sont des charges véritables et non des stipulations étrangères au but de cet acte. L'argument invoqué par la Cour et qui consiste à prétendre que la cession d'usufruit ou la donation de rente viagère constituent des libéralités distinctes parce qu'elles pourraient exister séparément du partage, est sans valeur parce qu'il conduirait à dire que toute charge donne ouverture à un droit distinct, comme de

nature à former l'objet d'un contrat spécial. Mais ce qui enlève à la charge son caractère d'indépendance, c'est qu'elle forme une condition de la libéralité principale. Sans elle, celle-ci n'aurait point eu lieu. On ne peut donc, comme le fait la Cour, la considérer comme ayant une existence à part, ainsi que la libéralité accessoire, la donation comprenant deux parties qui, dans l'intention des parties, constituent un tout indivisible. Un arrêt de la Cour de Cassation du 9 août 1848 (Sir. 48, 1, 663) fait bien ressortir cette liaison des différentes clauses d'un partage qu'on prétendait faire passer pour un contrat à titre onéreux parce l'importance des charges semblait égale à celle des biens donnés : « Attendu que l'abandon, d'une part, et les charges acceptées de l'autre, ne peuvent pas plus être considérées isolément qu'elles n'ont été séparées dans l'intention et le consentement des parties contractantes; qu'ainsi les charges dérivant de la libéralité ne sauraient, aux termes de l'article 11 de la loi de frimaire an VII, être assujetties à un droit particulier d'enregistrement, en sus du droit exigé pour la donation qui est l'objet principal du contrat; qu'il n'apparaît d'aucune circonstance, ni d'aucune stipulation, que les parties aient fait en réalité un acte à titre onéreux au lieu de la donation expressément annoncée par elles, que l'abandon de biens ne perd pas le caractère de libéralité par le rapprochement des valeurs livrées de part et d'autre, l'une qui est en fonds de terre, et qui par sa nature se prête à une estimation exacte; l'autre comprenant un capital déterminé, mais aussi une rente viagère, c'est-à-dire une valeur éventuelle et que la loi regarde comme échappant si essentiellement aux appréciations du calcul que les articles 917 et 918 Civ. n'ont pas d'autre fondement que l'impossibilité même de ces appréciations ».

Il convient de ne pas exagérer la portée de la dernière partie de l'arrêt précédent. Sans cela, on serait conduit à décider que dans tous les cas, on n'a pas à se préoccuper de l'importance relative des biens partagés et des charges stipulées, et qu'on est obligé de considérer et d'enregistrer comme partage l'acte qu'il aura plu aux parties de qualifier ainsi. Mais, ainsi qu'on l'a vu, l'administration, comme tiers, n'est pas liée par la déclaration des contractants. Elle a le droit de rechercher si, sous l'apparence de tel contrat, on n'a pas dissimulé, même inconsciemment, un contrat différent. Pour qu'un partage puisse conserver le caractère de libéralité qui lui est essentiel, il faut que les charges n'excèdent pas évidemment la valeur des biens démis. Autrement, il y aurait bien toujours donation, mais donation en sens inverse des descendants à l'ascendant. L'arrêt rapporté n'a pas voulu enlever à la Régie le droit de donner à un tel acte sa véritable qualification. C'est simplement un arrêt d'espèce et qui montre seulement qu'il faut, en cette matière, procéder avec circonspection, surtout lorsqu'il s'agit de comparer un droit viager avec un droit perpétuel. Mais on ne peut, dit M. Garnier (*Rép. Gén.*, 12593), atténuer les droits d'enregistrement en présentant dans le contrat celui qui a donné le moins comme donateur et celui qui donne le plus comme donataire. Le droit d'enregistrement doit être perçu sur les dispositions principales, et, lorsqu'il s'agit d'une transmission d'immeubles, leur valeur doit surtout être prise en considération pour distinguer les dispositions principales de celles qui ne sont qu'accessoires. C'est, en effet, à la valeur des biens transmis qu'il faut s'attacher et non à leur revenu seulement, bien que le droit de mutation à titre gratuit soit basé sur le revenu, car on ne peut

étendre arbitrairement une présomption légale qui est loin de correspondre toujours à la réalité des faits. Dans l'ancien droit, il en était de même, comme on a pu en voir des exemples, et un acte qualifié de démission de biens pouvait être considéré par le fermier et taxé comme un acte à titre onéreux ou comme une donation en sens inverse.

Un arrêt de la Cour de Cassation du 13 décembre 1833 a définitivement consacré la prétention de l'administration sur ce point en ce qui concerne le partage d'ascendants (Sir. 54, 1, 58) : « Attendu qu'il résulte des constatations de fait du jugement attaqué, qui ne sont contredites par aucun des documents du procès, que l'abandon d'usufruit fait à la veuve Lambot, de Fougères, par ses enfants, suivant l'acte notarié du 15 janvier 1850, de l'enregistrement duquel il s'agit, n'était point une condition nécessaire à la donation en nue-propriété, faite aux enfants par leur mère, mais qu'au contraire, la donation faite par la mère était, par son importance, la disposition principale du contrat ; qu'en décidant, en conséquence, que la donation faite par les enfants à leur mère devait, comme disposition principale du contrat, servir de base à la perception du droit d'enregistrement, le tribunal a fait une juste application de l'article 69, § 6, n° 2, de la loi du 22 frimaire an VII. »

Réversion d'usufruit ou de rente viagère au profit du survivant des donateurs. — Pour terminer l'étude des conditions pouvant affecter les partages d'ascendants, il reste à examiner une clause très fréquente dans les partages d'ascendants faits par deux époux conjointement. Les ascendants se réservent en général, soit l'usufruit des biens donnés, soit une rente viagère, et stipulent,

en outre, que cet usufruit ou cette rente viagère appartiendront en totalité au survivant d'eux sans aucune réduction. La réserve d'usufruit seule constitue, on vient de le voir, une simple charge de la donation, n'encourant aucun droit particulier. Mais quel est l'effet de la clause de réversion au profit du survivant? Est-ce également une charge de la donation, est-ce, au contraire, une donation éventuelle faite par le prémourant des époux à l'autre de la part d'usufruit à laquelle il avait droit? Question très controversée et présentant un intérêt considérable, tant en droit civil, qu'en droit fiscal. Si, en effet, on adopte la première opinion, il faudra dire que la clause est valable et n'engendre pas de droit de mutation. Si l'on se prononce pour la seconde, il y a, d'une part, stipulation nulle parce que la loi ne permet pas à deux époux de se faire des donations réciproques par le même acte autrement que par contrat de mariage, et d'autre part, comme la nullité n'est pas opposable à l'administration, celle-ci percevra un droit fixe de donation éventuelle sur le partage, et exigera, en outre, un droit de mutation par décès sur l'usufruit transmis à la mort du prémourant des époux.

Il faut répondre en principe que la stipulation de réversion constitue une donation éventuelle et non une charge de la libéralité. On peut considérer comme charge une stipulation destinée à produire actuellement ses effets et la dispenser de tout droit lorsqu'elle est contenue dans un contrat à titre gratuit. Mais il en est autrement lorsque cette stipulation est subordonnée au décès du disposant. C'est, en effet, le premier mourant qui constitue réellement le disposant et non pas les enfants. Ceux-ci ont consenti un abandon d'un usufruit ou l'établissement d'une rente viagère au profit de leurs ascendants pris

pour ainsi dire conjointement, usufruit ou rente dont la durée est dès à présent fixée, le terme étant le décès du survivant des donateurs. Peu leur importe qui bénéficiera de cette rente ou de cet usufruit. La charge qu'ils ont acceptée étant aléatoire dépendra, en fait, du plus ou moins de durée de la vie des ascendants, mais cela ne change pas sa nature juridique. La réversion concerne exclusivement les donateurs, c'est à eux qu'elle profite, c'est entre eux qu'il y a donation éventuelle; cette donation n'est donc pas une charge du partage, mais une stipulation accessoire et indépendante intervenue entre les ascendants, stipulation qui n'est pas couverte par le droit du partage, mais autorise, au contraire, la perception du droit de donation éventuelle et du droit de mutation par décès. Il n'y a plus lieu dès lors de distinguer le contrat à titre onéreux du contrat à titre gratuit pour les stipulations dont l'effet n'est pas immédiat. Qu'une clause de réversion soit insérée dans une donation ou dans une vente, les droits se percevront d'après les mêmes principes. C'est ce que la jurisprudence a admis au moins en règle générale, car elle fait quelques exceptions peu motivées, ainsi qu'on va le voir. Il faut d'ailleurs distinguer, tant à ce sujet, qu'au sujet des récompenses qui peuvent être dues entre les donateurs, deux hypothèses, selon que le bien aliéné à l'occasion de la rente ou de l'usufruit est un propre des époux ou dépend de leur communauté.

Réversion stipulée comme charge de la donation d'un bien propre. — Je suppose d'abord qu'il s'agit d'un propre. Six arrêts de la Cour de Cassation, rendus de 1850 à 1857, avaient, contrairement à la prétention de l'administration, refusé de considérer la réversion d'une rente via-

gère comme susceptible du droit de mutation par décès, lorsqu'elle se réalisait au profit de l'époux non propriétaire du bien donné, parce qu'il y avait là, disait-elle, une disposition secondaire et essentiellement dépendante. Cependant, la doctrine contraire était suivie par plusieurs tribunaux, vigoureusement défendue par M. Garnier (*Rép. gén.*, 6696) : « Lorsque l'époux qui avait aliéné son propre meurt avant son conjoint, le contrat qu'il avait passé est appelé à continuer ses effets, car l'acquéreur ne se trouve pas dégagé de toutes ses obligations. Le terme fixé au décès du dernier vivant des époux, pour l'entier paiement de son prix, n'étant pas expiré, le prix arrive à celui qui y a droit par une mutation qui, bien qu'ayant son origine dans l'acte de vente (dans l'espèce il s'agissait d'un contrat à titre onéreux, mais les règles sont les mêmes en matière de donation-partage, ainsi qu'on l'a vu), trouve néanmoins sa cause efficiente uniquement dans le décès du vendeur. Dès lors, nous nous trouvons en présence de ce principe fondamental en matière d'enregistrement, à savoir qu'une valeur ne peut passer d'une main dans une autre sans payer le droit de mutation. Nous disons que la mutation de la rente viagère a sa cause efficiente dans le décès, et non dans l'acte de vente. Cela est si vrai que, si l'époux sur la tête duquel elle se trouve réversible, était décédé avant le vendeur, il n'y aurait jamais eu mutation de la rente viagère. » La Cour de Cassation, par un arrêt des Chambres réunies du 28 décembre 1862 (Sir. 63, I, 446), rendu à propos d'une vente moyennant une rente viagère, a abandonné sa première jurisprudence et décidé que la réversion était passible du droit de mutation : « Attendu que, si la constitution de rente est un des éléments du prix, il n'en est pas de même de celle de réversibilité ; elle est un fruit de la

libéralité du vendeur vis-à-vis du sieur Goutard, qui était sans qualité pour intervenir au contrat de vente, et est complètement étrangère aux acquéreurs, à l'égard desquels elle n'a de valeur que pour déterminer l'époque où le service de la rente prendra fin ; il est manifeste qu'ainsi la stipulation de réversibilité est indépendante de la vente ; l'article 1973 Civ. ayant seulement pour but d'affranchir des formes des donations la constitution de rentes viagères introduites dans les contrats au profit des tiers qui n'en ont pas fourni les fonds, ne saurait avoir pour effet au point de vue fiscal, de soustraire aux droits déterminés les conventions qui en sont passibles ».

Les premières décisions de la Cour en matière de rente viagère étaient d'autant plus singulières, que pour les réversions d'usufruit, elle a toujours admis l'exigibilité du droit de mutation, ainsi que cela résulte de divers arrêts, dont un notamment du 24 janvier 1860 : « Attendu, dit cet arrêt (Sir. 60, I, 754), qu'une telle disposition, faite en vertu de la faculté ouverte par l'article 949 Civ. est entièrement indépendante de la donation et ne peut en être considérée comme une condition ; comme la donation, elle émane des donateurs, sans qu'il soit possible de la rattacher par un lien quelconque à une disposition des donataires, ceux-ci, en effet, n'ayant pas été saisis de l'usufruit des biens qui leur étaient donnés en nue-propiété, étaient par là même dans l'impossibilité absolue d'en disposer à aucun titre, et sous un mode quelconque ». Trois autres arrêts du 26 juillet 1869 (Sir. 69, I, 175), ont définitivement consacré cette doctrine : « Attendu qu'il résulte de ces clauses dont l'appréciation appartient à la Cour, que l'acte du 23 juin 1864 constituait, outre la donation actuelle, en une propriété faite aux enfants, une véritable libéralité entre époux soumise à l'événement du décès, en

tant qu'il attribuait au survivant des donateurs l'usufruit de la portion d'immeubles donnée par le prémourant aux enfants communs ; qu'à la vérité les donateurs, au lieu de se réserver l'usufruit des biens pour eux et le survivant d'eux, ont stipulé chacun personnellement la réserve de l'usufruit des biens par lui donnés, et imposé aux donataires l'obligation de le laisser jouir pendant sa vie de la part du prémourant, mais que ce n'a été là qu'un moyen détourné, ou, comme l'explique le jugement lui-même, un circuit fait pour assurer au survivant la jouissance de la totalité des immeubles, par conséquent de ceux du prémourant aussi bien que des siens propres ; que cette combinaison, imaginée en vue de dissimuler la pensée véritable de l'acte, n'en saurait changer les dispositions ; et qu'en réalité la stipulation par laquelle chacun des époux s'était, avec le concours à l'acte, et, par conséquent, avec le consentement tacite de l'autre, réservé, en cas de survie, l'usufruit de la part du prémourant, avait constitué, dans leur intention commune, une donation mutuelle et éventuelle qui ne peut être considérée comme une dépendance et une condition de la donation par eux faite aux enfants communs ».

Réversion stipulée comme charge de la donation de biens communs. — Je suppose maintenant qu'il s'agit de biens communs. Un certain nombre d'auteurs ont soutenu que le système précédent ne s'appliquait plus. Le survivant, qui continue à jouir de tout l'usufruit, ou de toute la rente, n'est plus un tiers sans qualité. Il est possible qu'il n'ait consenti à l'aliénation que sous la condition expresse de cette jouissance, pour que ses ressources ne diminuent pas par la mort de son conjoint. Il a réduit son revenu immédiat, pour obtenir une prolongation de ce revenu,

car si la reversion n'eût pas été stipulée, on aurait vraisemblablement astreint le donataire à une rente plus élevée. Chacun a stipulé pour soi du nouvel acquéreur, et c'est le prix de sa propre chose, prix dont le paiement a été différé, qu'il reçoit au moment où s'opère la réversion. Paul Pont prétend que la situation est analogue à celle qui résulte d'une tontine, aucune intention de libéralité n'existant chez les prédécédés au profit des survivants. Il y a simple contrat aléatoire, et Mourlon remarque que les époux ont fait entre eux un contrat unique par lequel chacun d'eux a stipulé en vue de sa propre personne ou de son intérêt personnel un certain avantage en retour de l'avantage qu'il a promis. Ces arguments ne paraissent cependant pas fondés. Sans aller jusqu'à prétendre qu'il y ait dans la clause de réversion un pacte sur succession future qui serait nul, puisque cette clause s'analyse en une donation, plutôt qu'en un contrat à titre onéreux, et représente moins une transmission proprement dite, l'usufruit notamment ne pouvant passer d'une tête sur une autre, qu'une libéralité soumise à l'événement du décès, il est difficile de voir dans le fait de l'aliénation de biens communs un motif suffisant pour changer la nature juridique d'une pareille clause. Il n'y a pas contrat aléatoire pour les parents ; ils n'ont pas espéré, comme dans une tontine, profiter du décès de leurs associés pour voir leur revenu *s'accroître* ; ils ont, au contraire, voulu conserver la fixité de ce revenu, ne pas le voir décroître, peut-être parce qu'il leur était tout entier nécessaire pour continuer à vivre, comme ils avaient toujours vécu, sans s'imposer de nouvelles privations. C'est ce revenu dont ils ont imposé la charge à leurs donataires, et c'est à leur égard seulement qu'il y a contrat aléatoire. Mais les donataires sont restés étrangers à la répartition du droit viager dont ils

sont grevés, répartition qui est l'œuvre exclusive des ascendants, et qu'il ne paraît pas possible de considérer autrement que comme une donation mutuelle et réciproque. Il est d'autant plus difficile d'écarter une pareille conclusion en droit fiscal qu'elle est admise également en droit civil ; la Cour de Cassation a, en effet, décidé, par arrêt du 15 juillet 1863, notamment, que la clause de reversion était nulle, comme contraire à l'article 1097 Civ. qui interdit aux époux de se faire une donation mutuelle par le même acte. Si c'est une donation entre époux, ce ne peut évidemment être une charge du partage anticipé. Il est vrai qu'on prétend que la jurisprudence civile n'est pas encore bien assise, assertion que quelques arrêts anciens ne suffisent pas à établir, et qu'on invoque l'autorité du vieux droit français, qui, d'après Bosquet, exemptait des droits de contrôle, insinuation et centième denier, les réversions de jouissance au profit du survivant d'acquéreurs en commun d'un bien (*Dict. des Domaines*, V^o Acquisition). Mais Bosquet ne cite, à l'appui de sa thèse, aucun argument nouveau, et il ne s'occupe que d'une espèce particulière de contrat à titre onéreux, où il est naturel de supposer qu'il ne s'est glissé aucune intention de libéralité entre les contractants.

L'administration, à l'origine avait admis l'exemption du droit de mutation, mais elle se prononça ensuite pour une doctrine plus rigoureuse, ne voulant pas admettre de différence entre l'aliénation des propres et celle des biens communs, parce qu'elle ne voyait de changé que les termes de la clause, et que chaque communiste, ayant un droit personnel distinct sur les biens, l'aliénait au profit éventuel des autres.

Sa prétention fut condamnée par un arrêt de Cassation du 15 mai 1866 (Sir. 66, 1, 304), relatif à une vente faite

par deux époux : « Attendu qu'il n'en est pas de ce cas comme de celui d'une vente faite moyennant une rente viagère, stipulée réversible, au décès du vendeur, sur un tiers qui n'en a pas fourni les fonds ; qu'il y a sans doute, dans cette clause de réversibilité de la rente au profit du tiers, une libéralité ajoutée au contrat à titre onéreux et qui n'en est pas une dépendance nécessaire : mais qu'il en est autrement dans l'espèce actuelle ; qu'on ne peut voir dans la stipulation relative aux rentes viagères, une donation réciproque et éventuelle de la moitié de ces rentes, que le survivant des époux Briand aurait été appelé à recueillir dans la succession du prédécédé ; que le prix stipulé tout entier au profit du dernier vivant desdits époux est un des éléments de la vente des choses qui leur appartenaient en commun ; qu'il forme une condition sans laquelle ni l'un ni l'autre des conjoints n'aurait consenti aux aliénations et qui ne peut en être séparée ; que cette convention ne peut donc pas être rangée dans la classe des dispositions indépendantes et ne dérivant pas nécessairement les uns des autres. « Bien que cet arrêt contienne plusieurs considérants spéciaux à la vente, dont l'application à la donation serait fort contestable, il n'en a pas moins été accepté par l'administration.

La doctrine de la jurisprudence à cet égard est d'autant plus singulière qu'elle est en contradiction avec celle qu'elle a, presque sans exception, suivie pour les réversions d'usufruit, et cependant les raisons de décider sont les mêmes, qu'il s'agisse d'un usufruit ou d'une rente viagère. Il est vrai que la mutation, atteinte par le droit d'enregistrement, s'aperçoit mieux dans l'usufruit et c'est sans doute ce qui explique en fait les variations de la pratique. L'administration posa en principe qu'on ne devait

pas faire de distinction entre les biens propres et les biens de communauté pour la perception du droit de mutation par décès, à raison de l'usufruit réservé dans un partage anticipé au profit du survivant des époux donateurs. Cela fut accepté par plusieurs arrêts de la Cour de Cassation des 31 août 1853, 6 mai 1857, 24 janvier 1860, 14 novembre 1865 et 26 juillet 1869. L'arrêt de 1857 a notamment déclaré formellement que la loi n'établissait aucune distinction entre les biens propres du mari et ceux provenant de sa part dans la communauté; qu'on ne trouve aucune raison de faire cette distinction, qu'il y a donc également transmission du mari à la femme. Dans l'espèce de l'arrêt de 1865, il avait été stipulé que le survivant n'entrerait en jouissance que soixante-douze heures après le décès du prémourant, la jouissance appartenant aux enfants dans l'intervalle, mais la Cour a déclaré que c'était là une combinaison suggérée pour dissimuler une véritable donation mutuelle et éventuelle entre les donateurs et que le droit fixe de donation était exigible. On a soutenu que les arrêts précédents n'étaient pas absolument décisifs, qu'ils avaient seulement eu pour but de déclarer que, lorsqu'il s'agissait d'un usufruit, on devait *de préférence* interpréter la clause de réversion comme une libéralité éventuelle réciproque plutôt que comme une simple charge imposée aux enfants par le survivant des donateurs, et que les tribunaux restaient toujours libres d'adopter la solution opposée, si elle leur paraissait plus conforme à l'intention des parties. Cette opinion ne paraît pas exacte pour les raisons qui ont été précédemment données. Les arrêts de la Cour ne permettent pas deux interprétations, mais ont, au contraire, tout le caractère d'arrêts de principe. Leur doctrine doit être approuvée sans réserve, car elle ne fait qu'appliquer à

un cas particulier la théorie générale sur les clauses de réversion qui a été exposée plus haut. Elle a été cependant repoussée par certains tribunaux ainsi que par un arrêt de la Cour de Nîmes du 16 décembre 1865 rendu en matière civile.

Mais cet arrêt n'est pas d'accord avec le reste de la jurisprudence qui n'a pas hésité à considérer la clause de réversion comme une donation entre époux, même au point de vue du droit civil, quoique cette solution eût l'inconvénient de conduire à déclarer la nullité d'une pareille clause. Il est regrettable en effet, que la prohibition de l'article 1097 soit absolue. En l'édictant, le législateur n'a pas songé que dans certaines hypothèses où elles n'offraient aucun danger, elle devait être écartée, ainsi que cela avait lieu dans l'ancien droit. Mais en l'absence de texte législatif, il n'appartenait pas aux tribunaux d'apporter, même par voie détournée, une exception à une disposition formelle de la loi.

La situation offre beaucoup d'analogie avec celle que l'on retrouvera plus loin pour le partage testamentaire, le Code n'autorisant pas le partage conjonctif fait par un seul et même testament. A l'égard des partages anticipés, la clause de réversion étant très fréquente, des pétitions furent adressées aux Chambres pour obtenir un changement de législation qui paraissait nécessaire en présence de la jurisprudence. Le gouvernement saisit renvoya l'affaire au Conseil d'État qui, par avis des 15 et 17 avril 1887, déclara qu'il n'y avait besoin d'une loi nouvelle, la question de la validité de la clause de réversion devant être examinée en fait par les tribunaux qui auraient à rechercher d'après l'ensemble du partage et l'importance des avantages réservés aux donateurs s'il y a libéralité ou non à leur profit. Cet avis ne

tranche pas, comme on le voit, la question. Il est même contraire à la jurisprudence des tribunaux civils qui, en principe, admettent qu'il y a libéralité et non charge, doctrine que j'ai également défendue. Aussi a-t-on cherché les moyens de remédier pratiquement à l'insuffisance de la législation et d'éviter la nullité qui atteint les donations réciproques faites par le même acte. (*Journal des Notaires*, 1887, p. 449). On a notamment proposé le procédé suivant qui paraît le meilleur, tout en laissant les époux exposés à la révocation possible des donations qu'ils se sont faites. Les conjoints commencent par se donner l'usufruit de leurs biens par deux actes distincts. Puis ils partagent par un troisième acte la nue-propriété de leurs biens entre leurs enfants en énonçant les premiers actes de donation. Il y a ainsi trois actes parfaitement valables et création de deux droits d'usufruit, l'un qui commencera au décès du donateur au profit du survivant des père et mère, et l'autre qui résulte de l'acte de partage et a pour limite la vie de l'époux qui fait la réserve d'usufruit. En procédant ainsi, il y a certainement libéralité entre époux et le droit de mutation est exigible au décès du prémourant. On ne peut soutenir en effet que la réserve constitue une simple charge, même si dans le partage on a inséré une clause expresse de réversion au profit du survivant. Celui-ci tient évidemment l'usufruit qu'il recueille de son conjoint et non de ses descendants ; c'est ce qu'a reconnu un arrêt ancien de la Cour de Cassation du 27 juin 1837 : « Attendu que, dans l'espèce, il n'est pas question de la transmission de biens faite par des parents à leurs enfants, mais de la donation d'un des époux à l'autre, sujette comme tout autre au droit proportionnel et non susceptible de l'application de l'article 3

de la loi du 16 juin 1824 ; que cette donation des époux de l'un à l'autre résultait, non de l'acte de partage, mais de deux actes séparés souscrits le même jour, l'acte de partage ne contenant qu'une réserve et une condition imposée aux enfants donataires. »

Réversion partielle d'usufruit ou de rente viagère. — On a supposé jusqu'ici qu'il y avait réversion pour la totalité de l'usufruit ou de la rente viagère ; cette réversion peut n'être que partielle ; le droit de mutation ne sera dû que sur ce qui excède la part revenant au survivant à raison de ses droits dans les biens communs, c'est-à-dire ordinairement sur ce qui dépassera la moitié de la rente ou de l'usufruit. Il peut s'élever une difficulté à cet égard, lorsque le partage n'indique pas quelle est l'origine des biens donnés, s'ils sont communs ou propres à l'un des époux. On ne peut demander aux donateurs une déclaration, car l'article 16 de la loi du 22 frimaire an VII n'oblige les parties à une déclaration que lorsqu'il s'agit de déterminer une somme ou une valeur, et non pas l'origine de biens. Ce sera à l'administration à rechercher cette origine par les procédés ordinaires d'investigation dont elle dispose. Il arrivera souvent que les époux donneront conjointement leurs biens propres et leurs biens communs, sans réserve d'une rente viagère unique. Le droit de donation éventuelle sera exigible, quoiqu'on ait soutenu le contraire en invoquant le caractère intéressé possible de la stipulation de réversion, et au décès, à moins que la rente n'ait été déclarée expressément être une charge de la donation des biens communs, le droit de succession sera dû sur la part de la rente viagère appartenant au prémourant, à raison de ses biens propres et de ses droits dans la communauté.

A l'égard des biens communs, il faut en outre tenir compte de la faculté qui appartient à la femme de renoncer à la communauté. Cette renonciation ne lui fait pas perdre, en cas de survie, le droit à la réversion d'usufruit. Seulement, même pour ceux qui admettent qu'aucun droit de succession n'est dû pour la réversion, il est impossible de soutenir qu'il y a ici simple charge de la donation, il y a certainement libéralité du mari à la femme. Lorsque c'est la femme qui survit, par sa renonciation, elle est censée n'avoir jamais eu de droits dans les biens de communauté et les choses se passent comme s'il y avait eu donation des propres du mari. Si, au contraire, le mari survit, et que les héritiers de la femme renoncent à la communauté en son nom, le mari conserve entier le droit viager qui avait été réservé, et il le conserve *jure suo, non jure cesso*, sans qu'aucun droit de mutation puisse être exigé à raison du décès de son épouse.

Récompenses dues à la communauté en cas de réversion.

— Il reste une dernière question à examiner dans le système admis par la jurisprudence qui n'exige aucun droit de mutation pour les réversions de rentes viagères formant la charge d'une donation de biens communs, c'est celle des récompenses qui peuvent être dues à la communauté par l'époux qui profite de la réversion. L'égalité est, en effet, de droit entre époux et celui qui tire un profit personnel de la communauté en doit récompense. On a, il est vrai, cherché à soutenir le contraire en assimilant la situation des époux à celle de deux copropriétaires quelconques et en prétendant que la réversion était le résultat d'un contrat aléatoire dans lequel chacun stipule à son profit un droit éventuel à la totalité

de la rente ou de l'usufruit contre la cession d'un droit éventuel semblable. Celui qui survit ne s'enrichit pas aux dépens de la communauté, mais recueille le bénéfice d'un pacte à titre onéreux et par conséquent il n'est dû aucune récompense. C'est ce qui a été admis à l'origine par un arrêt de la Cour de Cassation du 15 mai 1844 (Sir. 44, 1, 409). Mais ce système est contraire à l'article 1437, la rente constituant un bien de communauté qui ne peut être attribué en totalité au survivant des époux sans indemnité. De nombreux arrêts de Cours d'appel ont proclamé l'exigibilité de la récompense en matière civile et la Cour de Cassation elle-même a modifié sa jurisprudence première par deux arrêts du 26 avril 1851 et du 16 décembre 1867. Il n'y avait aucune raison pour ne pas étendre la règle précédente au droit fiscal et c'est ce qu'a fait l'administration qui déclara que pour la liquidation du droit de mutation par décès, les parties devaient faire figurer à l'actif de la communauté la valeur de la rente dont le survivant des époux profitera. Il faut remarquer qu'il n'y a lieu de procéder ainsi que si l'on admet avec la jurisprudence que la partie de la rente réversible au profit du survivant lui appartient en vertu d'un droit propre et ne provient pas d'une libéralité faite par le prémourant. Dans le système que j'ai défendu au contraire aucune récompense n'est due par le survivant, qui ne tire pas de profit personnel de la communauté, mais recueille la portion de la rente excédant sa part dans la succession de son conjoint, et c'est dans cette succession qu'il y a lieu de déclarer cette portion. La prétention de l'administration, en ce qui concerne les récompenses dues à la communauté, a été consacrée par un arrêt de Cassation du 20 mai 1873 (Sir. 73, 1, 339) : « Attendu qu'il est de principe dans le régime de la communauté,

d'une part, qu'en dehors des exceptions établies par la loi, toute acquisition faite à titre onéreux durant la société conjugale constitue un conquêt de communauté destiné à être partagé entre les ayants droit lors de sa dissolution, et, d'une autre part, d'après l'article 1437 Civ., que, généralement, toutes les fois que l'un des époux a tiré un profit personnel des biens de la communauté, il en doit la récompense; que le jugement attaqué oppose vainement que les contrats du 5 août 1867, loin de procurer un avantage exclusif et personnel, soit à l'un, soit à l'autre des époux, avaient ménagé aux deux également les mêmes chances aléatoires; qu'il résultait du caractère aléatoire de ces contrats, non qu'ils ne procureraient pas au survivant des époux un profit qui lui serait personnel, mais uniquement qu'il était incertain, au moment de leur formation, quel serait celui des deux en faveur duquel l'avantage se réaliserait; que toute incertitude à cet égard a cessé à l'événement du décès de la femme, et que le mari survivant, au profit de qui l'avantage a été alors définitivement évalué, a été placé par là même dans la nécessité de satisfaire à l'obligation consacrée par l'article 1437 ».

Calcul de la récompense. — Le principe la récompense une fois admis, il reste à déterminer le chiffre de cette récompense. Sur ce point, on constate une assez grande divergence entre les tribunaux en droit civil comme en droit fiscal, et l'administration elle-même ne semble pas avoir adopté une manière de voir uniforme quoiqu'en droit la récompense doive être calculée sur la somme prise à la communauté par l'époux et non par le bénéfice que cette somme lui a procurée. Cette règle n'est pas applicable en matière de rente viagère, car la commu-

nauté a profité de la rente pendant une certaine période, et celle-ci s'est amoindrie. A défaut de texte précis, l'équité indique que la récompense due à la communauté doit être égale à la valeur de la rente viagère, valeur calculée au jour du décès. C'est, en effet, cette valeur qui est prise par le survivant dans la communauté, et il ne la prend qu'au moment du décès, puisque c'est à partir de cet instant seulement que la communauté cesse de jouir de la rente ; c'est de cette valeur qu'il devra donc récompense à la communauté. Les choses se passent comme si la charge imposée par les ascendants pour la donation de leurs biens communs était double et comprenait d'abord une rente au profit de la communauté devant durer jusqu'au décès du prémourant, et une rente au profit du survivant commençant à la dissolution de la communauté. Celle-ci ne profite pas de cette dernière rente, puisqu'elle est dissoute, et il lui en est dû récompense par le survivant. Il sera sans doute souvent délicat de calculer la valeur de la rente dont jouira le survivant. C'est essentiellement une question de fait, ainsi que le reconnaît un arrêt de Cassation du 16 décembre 1867 qui se borne à déclarer que la récompense doit être proportionnelle au bénéfice que le survivant retire de l'emploi des biens communs. On pourra notamment se servir des tarifs des compagnies d'assurances pour reconnaître la valeur de la rente conservée par le survivant. A l'égard du droit fiscal, la règle doit être la même, quoiqu'on ait prétendu que l'on devait calculer la récompense d'après le mode indiqué dans l'article 14 n° 6 de la loi du 22 frimaire an VII, c'est-à-dire multiplier le chiffre de la rente par 10. Mais la loi de frimaire n'a imposé ce mode de liquidation que lorsqu'il s'agit des créations de rentes, des cessions ou

transports, alors qu'il n'est ici question que d'une récompense. On ne peut calculer celle-ci d'après un tarif arbitraire qui n'est pas fait pour elle, on risque de séparer les résultats auxquels conduisent les lois civile et fiscale. La récompense doit être rigoureusement égale au bénéfice recueilli par le survivant, afin que l'égalité entre les époux soit exactement maintenue, et cette règle s'impose à tous. En principe ce sera aux parties à déterminer elles-mêmes le chiffre de la récompense, par exemple dans une liquidation, et l'administration sera investie seulement d'un droit de contrôle. Elle pourra apprécier si en fait la récompense a été équitablement fixée, s'il n'y a pas eu de fraude ; les tables de mortalité lui permettront de le vérifier dans la majeure partie des cas, sans constituer cependant une base absolument certaine, car, outre qu'il existe plusieurs de ces tables, les parties ont eu peut-être des motifs sérieux pour s'en écarter. Mais en tous cas l'administration ne pourra pas à priori se fonder sur l'inobservation de l'article 14 de la loi de frimaire pour élever une réclamation. C'est ce qui a été admis dans une hypothèse analogue, lorsqu'il s'agissait d'un non-fruit, par un arrêt de Cassation du 4 janvier 1865, et ce système paraît devoir triompher dans la pratique.

De ce qui précède, il résulte que le survivant devra une indemnité à la communauté pour la rente qu'il conserve, ce qui augmentera en général pour partie la succession du prémourant. Dans l'espèce particulière d'un partage anticipé, l'indemnité sera due aux héritiers du prémourant, c'est-à-dire aux enfants du donataire survivant. Les parties n'auraient pas le droit de négliger cette indemnité et de ne pas en tenir compte en liquidant la succession du prédécédé. La régie aurait le droit

d'exiger que dans la déclaration de mutation, on fasse figurer cette indemnité pour déterminer le montant de l'actif de communauté. C'est ce qui résulte d'un arrêt de la Cour de Cassation du 30 décembre 1873 : « Attendu qu'il résultait du caractère aléatoire du contrat, non qu'un profit personnel ne serait pas procuré au survivant des époux par la clause de réversion, mais uniquement qu'il était incertain, au moment du contrat, quel serait celui des deux en faveur duquel l'avantage se réaliserait ; que toute incertitude à cet égard a cessé à l'événement du décès du mari et que la femme survivante au profit de qui l'avantage a été alors définitivement réalisé était cela même soumise à l'obligation imposée d'une manière générale par l'article 1437 Civ., d'après lequel toutes les fois que l'un des époux a tiré un profit personnel d'un bien de la communauté, il en doit la récompense ; que si les parties ont cru pouvoir, en procédant entre elles au règlement de leurs droits, ne pas tenir compte de cette obligation, leur convention à cet égard n'était nullement opposable à l'administration de l'enregistrement, qui, ayant à percevoir le droit de mutation par décès sur les valeurs dépendant de la succession du conjoint prédécédé, avait qualité et droit pour rechercher en dehors des conventions arrêtées entre les copartageants, si la composition de l'actif avait été régulière, et pour y faire rentrer les valeurs imposables qui n'y auraient pas été comprises par le fait ou la volonté des parties. » Il faut remarquer que si on ne peut se dispenser de la récompense, les époux, lors du partage, peuvent s'en faire réciproquement donation. Il n'est même pas besoin que la donation soit expresse ; elle peut être implicite et résulter des termes de la donation, ce qui sera fréquent dans les partages anticipés où il est peu proba-

ble que les donateurs aient eu l'intention de s'obliger à leurs enfants une certaine somme lors du décès du pré-mourant. Un arrêt de la Cour de Paris du 14 février 1867 a admis en droit civil, la régularité d'une pareille donation, qui oblige seulement à payer le droit de mutation par décès sur la partie de l'indemnité formant l'objet de cette donation.

Stipulation de non-récompense. — Dans le cas de partage anticipé, il peut se présenter en outre une hypothèse particulière. Les parents peuvent stipuler qu'ils ne seront tenus à aucune récompense pour la réversibilité de la rente, et les enfants acceptent cette condition du partage. Quel sera l'effet de cette stipulation? Le partage ouvre par anticipation les successions des donateurs. La situation est la même pour chaque époux que s'il partageait avec les héritiers de son conjoint les biens indivis entre eux. La communauté est censée dissoute. Si un époux ne pouvait dispenser son conjoint de la récompense due à la communauté, mais seulement lui en faire donation, il n'en est plus de même de ses héritiers, qui peuvent d'autant plus le faire que la communauté, seule cause de la récompense, n'existe plus au moins par rapport aux biens donnés. A vrai dire, il n'y a même plus de récompense ni de dispense nécessaire. Sans aller jusqu'à dire que, du moment où il y a partage anticipé, la récompense ne sera pas due, parce qu'il n'y a plus de communauté, il semble exact d'admettre la validité d'une dispense expresse consentie par les donataires, dispense qui pourra d'ailleurs être implicite. Une pareille dispense est d'autant plus naturelle qu'elle est conforme à la nature du partage anticipé. Tout doit être réglé de suite. Il ne doit plus y avoir lieu au paiement d'une indemnité

au profit des enfants, paiement que le donateur survivant serait souvent incapable de faire, s'il ne lui reste pour vivre que sa rente viagère, et que les donataires seraient dans l'impossibilité d'exiger, étant eux-mêmes tenus d'une obligation alimentaire vis-à-vis de leur ascendant. Plusieurs tribunaux ont admis en conséquence la validité de la dispense de récompense, et l'administration a suivi la même doctrine.

Il importe de remarquer que pour que le droit de donation éventuelle puisse être exigé sur le partage anticipé, il est nécessaire qu'il ne puisse exister aucun doute sur la clause de réversion d'usufruit ou de rente. Il ne suffirait pas pour cela que la rente ait été stipulée devoir durer jusqu'au décès du survivant des donateurs, car il n'y a là qu'un terme pour la rente; au décès celle-ci profitera pour partie au survivant et pour le surplus aux héritiers du prédécédé, sans qu'il y ait là la moindre donation. Le reste se partagera comme tout autre bien de la communauté. C'est essentiellement d'après les termes du partage qu'il y aura lieu d'apprécier si, en fait, il y a eu ou non stipulation de réversion au profit du survivant; aussi est-il impossible d'établir des règles fixes à cet égard.

Abandon de biens en toute propriété. — Au lieu de se réserver seulement la totalité d'une rente viagère ou d'un usufruit représentant pour partie le prix de la donation de biens qui auraient composé la succession du prédécédé, le survivant peut stipuler que les descendants lui abandonneront la pleine propriété de tout ou partie des biens qui dépendront de la succession de son conjoint. Il est incontestable qu'une pareille stipulation constitue une libéralité éventuelle et ne peut à aucun titre être considérée

comme une charge du partage. C'est ce qu'a reconnu un arrêt de la Cour de Cassation du 30 mars 1868 (Sir. 68, I, 456) : « Attendu que la clause de l'acte du 8 août 1863, par laquelle, après avoir partagé, à titre de donation entre vifs, leurs biens présents entre leurs trois enfants, les époux Prudhomme ont stipulé que le surplus des biens qui existeraient au décès de l'un d'eux serait la propriété absolue et exclusive du survivant, constitue une libéralité directe entre les époux et non une simple charge de partage anticipé ; que c'est donc directement de son mari que la veuve Prudhomme a recueilli les valeurs mobilières, à raison desquelles a été décernée la contrainte et non par suite du consentement donné par les enfants dans l'acte du 6 novembre 1863 ».

EFFETS DU PARTAGE ANTICIPÉ

Le partage anticipé produit des effets importants en droit civil, comme le dessaisissement, l'obligation de garantie, la dispense de rapport, etc., mais je ne m'occuperai ici que de ceux qui peuvent avoir de l'influence sur la perception du droit d'enregistrement et dont il n'a pas encore été parlé incidemment à propos des conditions du partage ou de la nature des biens qu'il peut comprendre. Ces effets se rapportent d'abord à certaines stipulations accessoires qui peuvent donner ouverture à des droits distincts, puis à la mutation de droits qui résulte du partage et à ses conséquences et enfin à l'obligation de supporter les dettes de l'ascendant donateur.

Dépendance réciproque des clauses du partage d'ascendant. — En principe, les diverses clauses du partage, dépendant les unes des autres, ne peuvent pas être considérées isolément pour motiver la perception de droits particuliers sur chacune d'elles; elles se trouvent couvertes par le droit de partage. C'est ainsi que lorsqu'il est nécessaire d'opérer au préalable une liquidation de biens indivis, par exemple par suite de prédécès d'un des époux, cette liquidation est une opération du partage et ne donne pas lieu à un droit spécial, pourvu, bien entendu, que les parties n'aient pas dissimulé sous l'apparence d'une liquidation préliminaire un véritable partage des biens du conjoint prédécédé, auquel cas le droit gradué devrait être perçu sur l'actif net de ces biens. De même, il n'est dû aucun droit d'obligation ou de quittance sur le compte de gestion, qui peut être présenté dans le partage par l'ascendant ou ses descendants, pourvu que ce compte soit présenté et soldé par le même acte. Les dettes, créances, ou obligations analogues énoncées dans le partage, sans mention d'actes enregistrés, ne sont que de simples déclarations qui ne motivent pas de droit spécial. Le partage ne constitue pas un titre à leur égard au profit de qui que ce soit; il n'y a là qu'un pur fait.

En général donc on ne devra pas considérer comme dispositions indépendantes les clauses et stipulations qui ne font que préparer le partage, le modifier dans les limites permises par la loi, ou en développer les conséquences légales. C'est là évidemment une question de fait à décider d'après les circonstances, mais dont la solution dépendra surtout du point de savoir si ces dispositions ont uniquement pour but de permettre au partage de produire les effets juridiques que la loi lui attribue, ou si au contraire il n'en résulte pas quelque effet distinct,

comme une obligation, une libération, une mutation, que n'expliquerait pas le caractère du partage. Dans ce dernier cas l'acte que les parties ont dénommé partage anticipé comprend deux ou plusieurs conventions indépendantes et simplement superposées et dont l'une seulement constitue un partage, les autres pouvant être de natures très diverses. Chacune de ces conventions doit être soumise au droit qui correspond à son caractère juridique. Outre son effet principal et direct, le partage produit ainsi des effets secondaires qui ne sont point inhérents à sa nature et que ne couvre pas le droit auquel il est soumis. Ces effets auraient, et c'est ce qui les distingue, pu être produits par un contrat spécial et indépendant, au lieu de se trouver inclus dans le partage. En réalité ce sont plutôt des effets du contrat intervenu entre l'ascendant et ses enfants, que des effets du partage proprement dit. Aussi le fait de se rencontrer dans un partage ne peut-il empêcher qu'ils soient frappés du droit qui les frapperait partout ailleurs. L'administration a le droit et le devoir de soumettre à l'impôt dont ils sont passibles tous les faits juridiques dès qu'ils parviennent à sa connaissance, et au moment où ils se produisent. C'est par application de ces principes qu'on a exigé le droit de quittance sur la déclaration faite par un enfant dans un partage anticipé que la dot qui lui avait été constituée par le donateur lui avait été payée. Cette déclaration faite devant le donateur constituait en effet pour lui un titre de libération et était indépendante du partage.

Cession de lots entre les donataires. — Le partage a pour effet de conférer aux descendants un droit immédiat et irrévocable sur les biens donnés. La mutation s'opère instantanément dès qu'elle a été consentie par le dona-

teur et acceptée par les enfants. La conséquence de ce dessaisissement de l'ascendant, suivi du saisissement des donataires est que si un changement a lieu dans les attributions du partage, si on modifie les droits de l'une des parties, ce changement, cette modification de droits déjà existants au point de vue de la loi fiscale ne peuvent s'opérer sans donner ouverture aux droits dont ils sont passibles d'après leur nature.

C'est ainsi que lorsque des enfants se cèdent l'un à l'autre leurs lots, il y a lieu au droit de mutation à titre onéreux ou à titre gratuit selon les cas, droit dont la quantité varie avec les biens composant les lots. Il a seulement une distinction importante à faire selon que la démission de biens de l'ascendant a été suivie ou non d'un partage. Si la démission comporte des attributions divisées au profit de chaque enfant, la cession de lots constitue une vente et non une licitation, puisqu'il n'y a aucune copropriété à faire cesser. De nombreuses décisions judiciaires et administratives ont appliqué ce principe. Si l'acte de cession était postérieur à la donation, le caractère de mutation à titre onéreux serait encore plus évident; c'est ce qu'a admis un arrêt de la Cour de Cassation du 19 février 1883 : « Attendu qu'il a été formé des lots égaux, qu'il a été attribué à chacun des enfants la moitié des immeubles et que les charges imposées ont été réparties par égales parts; attendu que cet acte, qui a été transcrit au bureau de la conservation des hypothèques a eu pour effet d'investir chacun des héritiers Barens de la propriété des biens, meubles et immeubles qui lui étaient attribués; qu'il a été le premier passé entre les époux Barens et leurs enfants pour faire cesser l'indivision; attendu d'autre part, que l'acte ultérieur sous seings privés du 25 février 1880 portant cession de droits

successifs mobiliers et immobiliers par la dame Cassagneau à son frère G. Barens, n'a pu faire cesser une indivision qui n'existait pas entre eux; qu'il a eu pour effet d'investir le sieur Barens de la propriété des biens, immeubles qui avaient été attribués à sa sœur par le partage de 1875; qu'il importe peu que cet acte porte qu'il a eu pour but, dans l'intention des parties, de revenir à l'exécution de la donation du tiers par préciput faite en 1872 par les époux Barens à G. Barens dans son contrat de mariage, donation dont n'aurait pas tenu compte le partage en deux lots égaux de 1875; que l'acte de partage de 1875 n'ayant été rescindé par aucune décision judiciaire a produit tous ses effets légaux jusqu'au 25 février 1880, jour où les cohéritiers Barens sont tombés d'accord pour lui substituer une convention nouvelle; qu'on ne saurait donc voir dans l'acte de cession de droits successifs ni un acquiescement ni, un partage passible du droit fixe et du droit de quatre pour cent pour retour de soulte. »

S'il n'y a pas eu partage dans la démission de biens, mais seulement attribution de quotité aux descendants; ceux-ci se trouvent saisis indivisément des biens démis, lorsque la cession de lots que les codonataires font entre eux a pour but de faire cesser et fait effectivement cesser l'indivision, elle équivaut à partage et doit être enregistrée d'après les règles du partage. Le prix payé aux cédants par les cessionnaires est une soulte et n'est passible que du droit de quatre pour cent sans addition du droit de transcription, à l'égard des immeubles compris dans les lots cédés. Peu importe la forme de l'acte, que celui-ci ait ou non l'apparence d'une cession de droits successifs même faite à forfait. Le seul point à examiner est la cessation de l'indivision, totale ou partielle d'ailleurs. On

à même été plus loin et admis qu'il y avait partage dans l'hypothèse de *trois actes* de cession par trois donataires au profit de trois autres des biens qui leur avaient été attribués indivisément par leur mère, le tout suivi d'un partage effectué le même jour entre les cessionnaires sous la médiation de la donatrice. L'intervention de la mère au partage n'empêchait pas celui-ci d'être l'œuvre exclusive des enfants, et le droit de mutation eût été dès lors exigible sur les cessions faites par les enfants, mais, bien qu'aucun acte pris isolément n'ait été de nature à faire cesser l'indivision, on a considéré que les prendre séparément, c'était aller contre l'intention évidente des parties. Les droits doivent être perçus d'après les conventions réelles intervenues, et ces conventions ont eu pour effet de partager les biens donnés aux enfants, ainsi que cela résulte du rapprochement des divers actes qui se complètent les uns les autres et forment un tout indivisible qui n'est autre chose qu'un partage anticipé avec soulte. La situation est analogue à celle qui se produit quand les attributions faites aux enfants résultent de plusieurs actes successifs de donation.

Si les actes de cession ne faisaient pas cesser l'indivision, il n'y aurait pas licitation, mais simple vente, quoique les parts des enfants soient indivises. C'est ce qui a lieu lorsqu'un enfant se borne à abandonner moyennant un prix, ses droits à un autre, alors que l'indivision subsiste entre le cessionnaire et les autres donateurs.

Si, au lieu d'une vente, il y a échange entre deux ou plusieurs enfants des biens compris dans leurs lots, le droit d'échange est dû, même si on a qualifié le contrat du titre de transaction et qu'on ait invoqué pour expliquer les changements d'attributions une lésion de certains copartageants, lésion qui n'aurait pas été judiciai-

rement constatée. Les attributions primitives ont, en effet, saisi les enfants, et toute modification exige un transfert de propriété sur lequel les droits sont dûs. Cela résulte implicitement de l'arrêt de Cassation précité de 1883.

Stipulations modifiant le partage. — Ce qui est vrai des changements qui s'opèrent dans les droits de propriété des enfants, tels qu'ils résultent du partage, est également vrai de toute modification qui viendrait à être apportée dans leurs autres droits ou dans leurs obligations, pourvu que cette modification soit l'œuvre des enfants et puisse être considérée comme la suite du partage ou son exécution, et n'en constitue pas une partie intégrante. Ce seront les termes du contrat qu'il faudra consulter pour savoir si telle clause déterminée est une condition de l'acte, un des éléments de la libéralité de l'ascendant, l'expression définitive de sa pensée, dont l'acte indique peut-être les variations successives, ou, au contraire, si cette clause ne fait que se superposer à un partage déjà parfait et ayant produit tout son effet en dessaisissant l'ascendant et en investissant de droits et obligations définitifs les descendants qui ont jugé ensuite à propos, soit de modifier leurs droits, soit d'exécuter leurs obligations autrement que cela n'avait été prévu. Ainsi, une soulte peut avoir été mise à la charge d'un enfant. S'il la paie immédiatement, aucun droit de quittance n'est dû, car il s'agit d'une obligation éteinte aussitôt qu'elle est créée, et le droit de quittance n'est pas plus exigible ici qu'il ne l'est sur le paiement fait comptant par l'acheteur dans un acte de vente. Mais une soulte étant une créance, doit être acquittée en argent. Si le débiteur de la soulte se libère autrement, par exemple

en abandonnant en compensation et jusqu'à due concurrence des biens lui appartenant, il y a là une véritable dation en paiement; un transfert de propriété s'opère pour les biens donnés en paiement et le droit de vente est dû d'après la nature de ces biens. C'est en ce sens que s'est prononcée la Cour de Cassation à propos d'une donation faite par des père et mère à l'une de leurs deux filles d'un immeuble valant 604.545 francs à charge de payer à l'autre fille une soulte égale à la moitié de la valeur de l'immeuble, soit à 302.272 fr. 50 c., soulte en compensation de laquelle la fille débitrice avait abandonné à sa sœur deux métairies lui appartenant d'une valeur de 218.720 fr., les 83.552 fr. 50 c. de surplus faisant l'objet d'un paiement direct. On avait prétendu qu'il n'y avait soulte que pour 83.552 fr. 50 c. et que les métairies avaient été cédées, non à titre de paiement de la soulte, mais en échange jusqu'à due concurrence de la moitié de l'immeuble donné. Cette prétention aurait pu être fondée, et les parties seraient arrivées au même résultat final, si elles avaient rédigé avec plus de circonspection leurs conventions en attribuant l'immeuble indivisément aux deux sœurs qui se seraient fait ensuite une cession de droits l'une à l'autre, mais les termes de l'acte ne pouvaient être arbitrairement modifiés, et ils s'opposaient à l'interprétation que l'on cherchait à leur donner : « Sur le premier point, a dit la Cour 15 novembre 1875 (Sir. 76, I, 322), attendu que la cession immobilière consentie par M^{me} de Chabot à sa sœur n'était pas une condition du partage qui leur laissait toute liberté dans le choix du mode de libération de la somme de 302.272 fr. 50 c. stipulée à titre de soulte, et dont M^{me} de Chabot avait été constituée et s'était reconnue débitrice; que, quoique renfermée dans le

même acte, cette cession qui n'était pas nécessaire à la perfection du partage et qui a eu lieu pour satisfaire au désir de M^{me} de Guerry n'a pu modifier les droits spéciaux auxquels donnaient ouverture les autres dispositions qui en étaient complètement distinctes et indépendantes et notamment ceux qu'entraînait la stipulation d'une soulte fixée à 302.272 fr. 50 c., que c'était donc sur cette somme, et non sur les 85.552 francs restés en dehors du prix de vente que le droit de soulte était dû ; — sur le deuxième point, attendu que l'acte du 13 mai 1872, dans la dernière disposition, contient, en termes formels, vente par M^{me} de Chabot à M^{me} de Guerry des deux métairies qui y sont désignées, moyennant la somme de 218.720 francs, que la contre-valeur a consisté dans un prix, et non pas dans la moitié de la terre de Villefort dont il n'est pas parlé et que M^{me} de Guerry n'aurait pu, d'ailleurs, transmettre à sa sœur, puisqu'elle n'avait jamais eu de droits sur une portion quelconque de cette terre, qui avait été donnée et attribuée en entier à M^{me} de Chabot par M. et M^{me} de Colbert ; que si le droit fiscal fait reposer le droit de soulte sur une vente supposée, on ne saurait faire résulter une transmission de cette règle, qui est étrangère aux copartageants, dont les droits sont déterminés par les principes du droit civil, d'après lesquels les partages sont non translatifs, mais purement déclaratifs ; qu'exclusivement relative aux droits à percevoir sur la soulte, cette règle ne peut d'ailleurs être étendue à une disposition qui en est indépendante et modifier les droits particuliers auxquels, par sa nature, elle est soumise. »

Obligation de payer les dettes du donateur. — Un dernier effet du partage qui intéresse le droit fiscal, c'est

l'obligation pour les enfants de supporter les dettes de l'ascendant donateur. A vrai dire cette obligation n'est pas considérée par tous comme étant de la nature du partage. Et même en droit civil, c'est la doctrine contraire qui prévaut. Cela ne signifie pas que l'ascendant ne pourra imposer à ses enfants la charge de payer ses dettes, mais il faudra pour cela une clause expresse, et cette clause aura le même caractère que les autres conditions de toute nature que le donateur peut mettre à sa libéralité. En ce sens, on fait remarquer que le partage n'est qu'une donation de biens présents individuellement déterminés, que les rapports de l'ascendant avec ses enfants sont ceux d'un donateur et d'un donataire et qu'aucun texte ne stipule que le donataire de biens présents est tenu pour tout ou partie des dettes de son auteur, car il n'est qu'un successeur particulier. De nombreux arrêts d'appels ont statué en ce sens et Demolombe (23, 128) soutient la même doctrine. Mais en droit fiscal c'est la solution contraire qui a été admise, et, semble-t-il, avec raison. En effet, outre qu'en matière de donation universelle entre vifs, on a pu prétendre, que le donataire était tenu des dettes, le partage anticipé se trouve dans une situation spéciale. Au point de vue de l'enregistrement son caractère d'acte entre vifs n'a guère d'importance qu'au point de vue de la forme. Pour le fond, c'est surtout une succession anticipée. Les donataires sont considérés comme des héritiers, des successeurs à titre universel. Ils doivent dès lors supporter leur part des dettes ; c'est là une conséquence fort naturelle d'ailleurs de la démission de biens ; l'ascendant abandonnant son patrimoine a dû évidemment vouloir se décharger de ses dettes, qu'il n'aurait plus d'ailleurs le moyen d'acquitter. L'ancien droit admettait cette conséquence, et le droit

moderne doit également l'admettre, au moins quand il laisse de côté certaines des règles nouvelles introduites par le Code civil pour se rapprocher de celles qui existaient jadis, comme le fait la loi de l'impôt à l'égard du partage, depuis 1824. Le caractère successoral du partage est encore accentué par ce fait que le partage effectif n'est pas, comme on l'a vu, exigé pour faire bénéficier un acte du tarif réduit. Une simple attribution de quotité suffit pour cela. L'acte n'en continue pas moins d'être considéré comme un véritable partage anticipé. Les enfants attributaires d'une part indivise sont bien plutôt des héritiers que des donataires entre vifs. Ils succèdent à titre universel au patrimoine de l'ascendant tel qu'il existe au moment du contrat, patrimoine que l'ascendant pourrait à la rigueur se dispenser de détailler, l'administration ne pouvant se prévaloir de l'inobservation des prescriptions de la loi civile à cet égard lorsqu'il s'agit de biens meubles. Si on se contente d'une simple attribution de quotité, c'est que la succession du donateur est pour ainsi dire ouverte et dévolue à ses héritiers présomptifs. Mais une succession ne se conçoit pas privée du passif dont était grevé le de cujus et ne comprenant que de l'actif. Elle se compose au même titre d'un actif et d'un passif qui ne peuvent s'isoler l'un de l'autre, mais forment une seule individualité juridique, et c'est cette individualité complexe qui est censée transférée aux enfants. La fiction ne doit pas d'ailleurs être poussée trop loin. Les enfants ne seront jamais tenus des dettes que jusqu'à concurrence des biens qu'ils reçoivent, car ce sont essentiellement des successeurs aux biens. La personne de l'ascendant subsiste en effet toujours, et les créanciers peuvent toujours se retourner contre lui, tandis qu'ils n'ont le droit de s'adresser aux enfants qu'à raison des

biens donnés et comme détenteurs de ces biens et nullement comme à leurs débiteurs personnels. Pour la loi fiscale donc, les enfants doivent être considérés comme tenus de plein droit des dettes de l'ascendant donateur ; cela ne veut pas dire que les créanciers auront par là le droit de poursuivre les enfants ; c'est là une question de droit civil dont il n'y a pas à se préoccuper ici. Seulement la conséquence de la doctrine fiscale est que la charge de payer les dettes est de la nature du partage anticipé, qu'elle existe même sans convention expresse, et que lorsque, ce qui est fréquent, les parties trouvent à propos de s'exprimer à ce sujet, il n'y a lieu à aucun droit particulier, car il s'agit essentiellement d'une disposition dépendante. Un droit ne serait exigible que si la charge du passif était répartie autrement qu'elle ne serait en l'absence de toute clause d'après les attributions faites aux enfants, et en tenant compte de leur qualité d'héritiers présomptifs. Cette doctrine a été, ainsi qu'on va le voir, universellement suivie en matière fiscale, et même en droit civil, certains auteurs, comme Aubry et Rau, ainsi qu'un arrêt de la Cour de Nîmes du 20 août 1856, ont admis également l'obligation pour les donataires de payer les dettes de l'ascendant. De cette obligation résulte immédiatement une première conséquence, c'est que le donateur peut en déclarant imposer à ses enfants la charge de ses dettes, énoncer celles-ci sans motiver la perception d'un droit de délégation ou de transport de créance, car cette énonciation était facultative pour lui et n'a pas pour effet de modifier les obligations légales engendrées par le partage. Il n'est pas dû davantage de droit de titre, car les créanciers ne peuvent se prévaloir d'une déclaration faite dans un acte auquel il sont restés étrangers. Cette conséquence a été définitivement con-

sacrée par un arrêt de la Cour de Cassation du 21 juin 1832 (Sir. 32, 1, 531): « Attendu, en droit, que les actes de dons et partages par les pères, mères et autres descendants, autorisés par les articles 1075 et 1076 Civ., au profit de leurs enfants et descendants, constituent un véritable avancement d'hoirie; que la charge de payer les dettes des donateurs est une conséquence nécessaire de la qualité d'héritiers; que les énonciations de ces dettes dans les actes de la nature de ceux indiqués auxdits articles 1075 et 1076, sans intervention des tiers créanciers, ne peuvent constituer ni obligation, ni libération, ni cession, ni transport, ni opérer délégation ou novation; attendu, en fait, que l'acte authentique du 28 janvier 1831, dont l'enregistrement a fait naître le procès, contient donation et partage par les sieur et dame Mialhe, au profit de leurs quatre enfants, en imposant la charge de payer les dettes des donateurs, suivant l'état annexé audit acte, sans énonciation de titres enregistrés; attendu que les énonciations pures et simples de ces dettes, sans aucune intervention des créanciers, ne pouvaient donner lieu à aucun droit d'enregistrement. »

Les termes de l'arrêt limitent sa portée ou cas de non-intervention des créanciers. Si, en effet, ceux-ci étaient parties à l'acte et acceptaient pour débiteurs les enfants, il y aurait, dans le partage, un titre à leur profit, et le droit de titre serait incontestablement exigible, à moins que leur créance ne résultât d'un titre précédemment enregistré. Le droit de délégation ne serait pas encouru, en principe, car, c'est en vertu d'une disposition accessoire et dépendante du partage que les créanciers pourront poursuivre les enfants donataires. Il en serait cependant autrement si l'intervention des créanciers avait pour but de libérer à leur égard le donateur et de ne leur

laisser comme débiteurs que les enfants. Il serait difficile de voir dans une clause de cette nature une simple application des règles du partage d'ascendant. Il y a quelque chose de plus et le droit de délégation paraît exigible, même s'il s'agit d'une créance précédemment enregistrée.

Pour terminer, je remarquerai que, pour que les enfants puissent être tenus des dettes, il faut que l'ascendant ait donné tous ses biens présents ou au moins presque tous; sans cela il ne s'agirait que d'une donation de biens particuliers, et il ne serait plus vrai de dire que le partage constitue une succession anticipée, ce qui est le motif principal de l'obligation aux dettes. Cette obligation ne s'applique, d'ailleurs, il est à peine besoin de le dire, qu'aux dettes actuelles, les dettes futures de l'ascendant restant à sa charge personnelle exclusivement. Enfin, comme cette obligation est de la nature du partage, mais non de son essence, rien n'empêcherait de l'écarter par une clause expresse, et aucun supplément de droit ne serait exigible sur une pareille clause, le droit de mutation étant déjà perçu sur la valeur brute des biens donnés, sans distraction des charges.

NULLITÉ ET RESCISION DU PARTAGE

Ouverture de l'action en nullité. — Le partage anticipé est exposé à de nombreuses causes de rescision. Si le donateur, par exemple, n'a pas laissé à ses enfants leur réserve légale, les donataires pourront attaquer le partage pour cause de lésion. Ils pourront également le faire

rescinder si un des copartageants a subi une lésion de plus du quart, ou si l'un des enfants a reçu un avantage plus grand que la loi ne le permettait. Enfin, l'omission d'un enfant entraîne, on l'a vu, la nullité du partage. Celui-ci peut, en outre, être attaqué si l'on a violé les règles relatives à la composition des lots en biens de même nature. Je n'examinerai que les conséquences de la nullité ou de la rescision au point de vue fiscal, en remarquant seulement qu'il n'y a lieu de s'en préoccuper qu'à partir du décès du donateur. C'est, en effet, à ce moment seulement que l'on pourra invoquer la nullité et encore celle-ci se trouve-t-elle prescrite par le délai de dix ans. Si aux biens donnés, on avait réuni des biens déjà indivis entre les enfants, par exemple ceux provenant de la succession d'un conjoint prédécédé, le délai de dix ans courrait du jour du décès du second joint, même à l'égard des biens non compris dans la donation, car permettre d'attaquer le partage avant pour ces biens, serait permettre de l'attaquer pour le tout, car ses diverses parties se tiennent et forment un ensemble indivisible, ainsi que l'a reconnu un arrêt de la Cour de Cassation du 10 mai 1858. Pour une raison analogue, trois arrêts de la même Cour, rendus en 1864 et 1867, ont déclaré que le délai de l'action en rescision ne courait, en cas de donation conjointe par deux époux que du jour du décès du survivant des donateurs. Quand l'action en nullité ou en rescision n'est pas ouverte, tout changement opéré par les enfants entre eux dans les attributions qui leur ont été faites, même sous prétexte de nullité ou de lésion, ne peut être considéré que comme une mutation volontaire sujette aux droits et l'on applique alors les règles déjà examinées à propos des effets du partage. Ce sera le plus souvent à titre de transaction que les mutations

interviendront, et conformément aux principes admis, en cette matière, bien que la transaction ne fasse que consacrer des droits préexistants et n'en crée pas de nouveaux, l'impôt est dû à raison des transferts apparents qui se sont produits. Ce n'est donc qu'après le décès qu'il y a lieu de s'occuper de la rescision ou de la nullité du partage, et encore pour la rescision est-il nécessaire de faire une distinction lorsqu'un enfant a été lésé de plus du quart, ou a reçu plus que la loi ne le permet. La rescision peut, en effet, être évitée en offrant à l'enfant lésé le surplus de ce qui lui revient, ou en faisant restituer à l'enfant avantagé ce qu'il a reçu en trop.

Nullité prononcée judiciairement. — En principe, pour l'enregistrement, il est nécessaire que la nullité ou la rescision aient été prononcées par la justice ou que celle-ci ait validé les offres faites par les enfants pour éviter la rescision. Il en est de même lorsqu'il s'agit d'une somme d'argent payée à un enfant par ses copartageants pour l'indemniser d'une éviction qu'il a subie, ou le garantir d'une perte. Il n'appartient pas aux parties seules de détruire volontairement les contrats qu'elles ont formés, même s'il existe une cause de nullité. Le contrat doit être tenu pour valable par les tiers, et notamment par l'administration qui n'ont pas à se voir apposer des actes auxquels ils sont demeurés étrangers et qui peuvent être simulés. Ces actes modifiant le partage ou l'annulant doivent alors payer les droits qu'entraînent les mutations, obligations ou libérations qui s'y trouvent contenues. C'est ce que disait déjà Bosquet dans l'ancien droit : « Le partage une fois fait, tous les actes qui se passent entre copartageants rentrent dans les règles générales et ordinaires : ainsi, toutes les conven-

tions par lesquelles ils échangent ou se transportent le tout ou partie de ce qui leur était échu, opèrent de véritables mutations sujettes aux lods, au centième denier, quels que soient les termes qui s'y trouvent employés. (*Dict. des Domaines*, III, 451). « C'est la justice qui a seule le droit de reconnaître la nullité d'un partage ou d'en prononcer la rescision. Sans doute, le jugement est aussi étranger à la Régie qu'un acte volontaire et amiable. Mais il lui offre toutes les garanties d'indépendance et de sincérité qu'elle peut désirer. La fraude n'est plus à craindre, et les tiers seraient mal venus à contester la validité de la sentence rendue. Le vice invoqué par les parties existe bien réellement et la nullité a été régulièrement prononcée. Aucun droit n'est dû dès lors sur les mutations de propriété effectuées en vertu du jugement, car ces mutations ne sont qu'apparentes. C'est en vertu d'un droit préexistant que le jugement n'a fait que proclamer ou d'un vice inhérent à l'acte attaqué, que les attributions sont modifiées qu'il y a remise en indivision ou condamnation à compléter la part de certains copartageants. Le premier partage est considéré comme inexistant au moins dans la mesure où il a été déclaré nul. Les parties procèdent à un nouveau partage ou rectifient l'ancien sans encourir le droit proportionnel, car elles ne font qu'user d'une faculté légale qui leur appartient. Il y aura lieu seulement suivant les cas à la perception du droit proportionnel ou du droit de soulte, mais on n'aura à se préoccuper pour cette perception que du nouveau partage et de la situation définitive qui en résulte pour les parties. Le nouveau partage ordonné en justice en conséquence de la convention intervenue entre les enfants de modifier le partage primitif, n'est pas alors soumis au droit proportionnel. Il

faut remarquer cependant qu'il peut parfaitement y avoir lieu à un droit proportionnel lorsqu'un jugement prononce la nullité ou la rescision d'un partage ou condamne des enfants à indemniser les autres. Mais le droit proportionnel est alors dû sur le jugement et non sur le partage, c'est en outre non pas un droit de mutation, mais, suivant les cas et les termes du jugement, un droit de liquidation ou de condamnation.

Annulation à l'amiable du partage. — Dès qu'il n'y a plus de jugement, mais modification ou annulation à l'amiable du partage, la modification ou l'annulation ne peuvent plus, comme on l'a vu, avoir vu sans que l'on perçoive les droits. Ce n'est là, d'ailleurs, qu'un cas particulier d'une théorie plus générale sur les nullités, théorie qui a été universellement admise par la jurisprudence et est actuellement acceptée par la majorité des commentateurs, non sans avoir fait l'objet, à l'origine, de certaines controverses. Le partage primitif, quoique annulable, constitue un titre apparent de propriété, dont les effets ne peuvent être volontairement modifiés sans donner lieu à l'impôt, dit M. Garnier (*Rép. gén.*, 12484). Il importe peu que ce soit à cause d'une nullité préexistante et pour éviter un procès, que les parties aient procédé à un nouveau partage ou aient modifié l'ancien. L'administration n'est pas tenue d'admettre l'existence de cette nullité; celle-ci pourrait en effet être simulée et n'avoir été imaginée que pour faire échapper à l'impôt une obligation ou une mutation provenant de la libre initiative des parties. Il y a là une fraude possible contre laquelle l'administration serait à peu près désarmée. Aussi conçoit-on fort bien qu'elle soit autorisée à ne tenir compte de la nullité ou de la rescision d'un acte que lorsqu'elle a pour elle la

garantie d'une décision judiciaire. A défaut d'une pareille décision, le partage primitif est censé toujours exister, et les modifications qui y sont apportées ne résultent pas de droits préexistants, mais constituent, au contraire, des déplacements de propriété, des créations ou des libérations d'obligations, qui donnent ouverture aux mêmes droits que s'ils provenaient de la libre volonté des parties, sans qu'aucun vice de l'acte primitif vienne servir à les expliquer. De nombreuses décisions judiciaires ont appliqué ce principe à des hypothèses particulières. Ainsi, on a exigé le droit d'échange sur un deuxième partage anticipé qui fait passer d'un lot dans un autre des immeubles donnés par un précédent partage. Il faut approuver, mais en observant qu'il peut y avoir lieu, dans certains cas, de tenir compte du droit qu'ont les parents d'imposer comme condition de leur libéralité, des mutations de propriété à leurs donataires. Ces mutations, ainsi qu'on l'a déjà fait remarquer, sont exemptes d'un droit spécial dans certaines limites.

Transaction sur un partage d'ascendants. — Il faut encore donner la même solution si l'acte modificatif est rédigé sous la forme d'une transaction destinée soit à mettre fin à une contestation déjà née, soit à prévenir un procès. Il n'est pas, en effet, nécessaire que les parties soient d'accord sur l'existence du vice qui affecte le partage. La possibilité d'un tel vice, qui suffit à engendrer un procès, suffit évidemment à motiver la transaction. D'ailleurs, les droits perçus étant assis sur les mutations apparentes de propriété, sont indépendants des causes de ces mutations et ne supposent nullement que la nullité invoquée par les parties existe réellement. Aussi, ne peut-on appliquer le droit fixe de résiliation à une transac-

tion changeant l'attribution de biens résultant d'un premier partage transactionnel, car le droit de mutation ne peut être écarté que lorsqu'il s'agit d'un résiliement pur et simple dans les vingt-quatre heures, ou lorsqu'il y a une décision judiciaire. Ce système a été confirmé par un arrêt de la Cour de Cassation du 4 juin 1868, quoiqu'on ait invoqué la nullité du partage pour motiver la transaction (Sir. 68, I, 307) : « Attendu que toute transaction dont l'effet est de faire passer sur la tête de l'une des parties la propriété qui reposait sur la tête de l'autre, en vertu d'une convention parfaite, prend, au regard de l'enregistrement, le caractère d'une transmission passible d'un droit proportionnel, dont la quotité est déterminée, eu égard à la nature de la chose transmise ».

Le droit proportionnel encouru n'est pas toujours un droit de mutation. Il se peut, en effet, que les parties ne changent pas les attributions du partage, mais se bornent à faire une transaction dans laquelle certains copartageants renoncent à intenter une action en nullité, qu'ils prétendent leur appartenir, contre paiement d'une somme d'argent. Il n'y a pas là transfert de propriété de la part de ceux qui reçoivent, car le titre apparent de propriété n'a pas été modifié. Ce qui a fait l'objet du prix payé, c'est le désistement à procès; il y a eu transaction ordinaire, et le seul droit exigible est le droit de quittance. Il en serait de même, à ce qu'il semble, lorsqu'il s'agit simplement d'une somme d'argent versée à un des copartageants pour l'indemniser d'une éviction qu'il a subie, ou lui payer le montant d'une garantie à laquelle il a droit. Mais la solution serait autre si les parties déclaraient que la somme payée a pour but de compenser l'inégalité de deux lots, c'est-à-dire constitue une soulte ou un supplément de soulte. La déclaration des parties

suffit alors pour motiver la perception du droit de soulte, comme lorsque le droit de vente est perçu sur une somme payée par un acheteur à titre de supplément de prix. Ce droit pourrait même être perçu, à défaut de convention expresse, lorsqu'il apparaîtrait par l'ensemble du contrat modificatif, que la somme payée est une soulte véritable. La soulte s'imputera d'ailleurs sur les biens transmis conformément aux règles générales qui seront énoncées ci-après.

L'acte qui modifie un partage pour cause de nullité est à titre onéreux. — L'acte qui modifie un partage pour raison de nullité, ou à ceux de lésion, quoique intervenu volontairement entre les parties, est un acte à titre onéreux, et non un acte à titre gratuit. C'est en effet essentiellement une transaction. Il importe peu que l'une des parties soit seule à recevoir et ne paraisse rien rendre en échange. Elle ne reçoit pas, en effet, une donation, mais ce qui lui revenait en vertu d'un droit, ce qu'elle aurait dû, le plus souvent, avoir déjà reçu dès le contrat de partage anticipé. En réalité, elle abandonne le plus souvent l'équivalent de ce qu'elle reçoit, soit en renonçant à une action en nullité qui lui appartenait, soit parce qu'elle ne réclame pas des biens auxquels elle avait droit. Le cas de fraude, évidemment, est réservé, et l'administration pourrait exiger le droit de donation s'il lui apparaissait qu'on a déguisé une véritable libéralité sous la forme d'une rectification à un partage. Mais, en l'absence de fraude, le droit de mutation à titre onéreux doit seul être perçu, ainsi que la Cour de Cassation l'a proclamé, à propos de la résiliation d'un partage anticipé, dans un arrêt du 24 août 1869 (Sir., 70, I, 89) : « Attendu que le traité du 20 septembre 1866, par lequel Anne Baillet et les deux

enfants nés de son premier mariage ont, d'un commun accord, résilié la donation à titre de partage anticipé du 20 février 1865, a été passé dans l'intérêt et pour l'utilité réciproque de chacune des parties; qu'en effet les donataires ont rétrocédé à la donatrice leur mère, les meubles et les immeubles objets de la donation, en vue de s'affranchir de la rente viagère, dont le service à eux imposé comme charge de la donation était insuffisamment garantie entre eux à raison du mode suivant lequel les lots avaient été composés, et que la rétrocession n'a été acceptée par la donatrice que pour prévenir l'action récursoire que son deuxième mari aurait pu exercer, à cause de l'abandon par elle fait en pleine propriété d'immeubles sur lesquels ce dernier avait eu un droit d'usufruit, aux termes de son contrat de mariage du 12 février 1865, attendu que dans ces circonstances la rétrocession avait les caractères juridiques d'un contrat intéressé ou commutatif; qu'à la vérité elle a été opérée sans stipulation de prix, mais que l'absence d'un prix ne suffit pas pour enlever à la convention le caractère de contrat intéressé que lui imprimerait les concessions réciproques faites par les parties à raison des difficultés auxquelles aurait donné lieu l'exécution de l'acte de partage; que par cela même la rétrocession était passible du droit proportionnel de transmission auquel sont tarifés les actes translatifs à titre onéreux ».

Remise en indivision. — Au lieu de refaire immédiatement un partage affecté d'un vice de nullité en stipulant d'autres attributions au profit de chacun d'eux, les enfants peuvent se borner à remettre dans l'indivision les biens donnés se réservant plus tard d'en opérer le partage. En principe cette mise en indivision ne peut avoir lieu qu'au moyen d'une série d'échanges de parts

indivises entre les donataires et le droit d'échange est dû selon la nature des biens compris dans le partage primitif, à moins bien entendu que la nullité du partage n'ait été prononcée en justice. Si cependant la remise en indivision avait lieu dans l'acte même de donation, il se pourrait, selon les circonstances, qu'elle pût être considérée comme l'œuvre commune de toutes les parties y compris le donateur, et par suite comme une dépendance de la donation qui n'est sujette à aucun droit spécial. Si cette remise au contraire résulte de la volonté exclusive des enfants, elle a pour effet de détruire les attributions divises faites par l'ascendant et le droit d'échange est exigible.

Il arrivera souvent que la remise en indivision n'a lieu que pour permettre la réalisation plus avantageuse des biens donnés, ou leur exploitation en commun en vue du partage ultérieur des bénéfices. C'est alors une véritable société qui se forme entre les enfants et le droit gradué est exigible seul sur l'ensemble des apports. La donation primitive n'en perd pas pour cela son caractère de partage anticipé et on ne peut exiger sur elle un supplément de droit sous prétexte que l'indivision n'ayant pas cessé, il y a donation ordinaire. L'effet du partage est indépendant des actes de disposition que les enfants font sur les lots qui leur ont été attribués et ne peut se trouver effacé après coup.

Réitération du partage. — Le droit proportionnel n'étant dû que sur les changements d'attribution et les transmissions nouvelles qui résultent du partage, aucun droit n'est dû lorsqu'il n'y a ni mutation de propriété, ni augmentation de valeur des lots, ni libération, ni obligation au profit ou à la charge des enfants donataires. C'est

ce qui se présente lors d'une simple réitération du partage primitif. Cette réitération peut se trouver nécessaire parce que le premier acte était atteint de nullité, ou contenait une lésion à l'égard de certains copartageants, et que cependant les parties d'un commun accord renoncent à le faire annuler ou rescinder, mais préférant le maintenir tel quel, veulent cependant régulariser pour l'avenir leur situation. Aussi le droit fixe est-il seul dû sur un acte qui, sous l'apparence d'un partage, se borne à refaire tel quel un précédent partage. Il n'y aurait même pas lieu de percevoir un droit gradué sur les valeurs partagées, car au regard de l'administration il n'y a pas un nouveau partage ; l'indivision n'existait plus et il n'y avait pas à le faire cesser, ce qui exclut le droit gradué. C'est un véritable acte de ratification qui a été passé. La même solution devrait être admise, si dans le nouvel acte se trouvait ajoutée quelque clause qui, tout en modifiant certains effets du partage primitif, n'en altérerait cependant le caractère et n'entraînerait aucune mutation.

Le droit proportionnel de mutation ne serait pas exigible non plus, quoique l'acte intervenu entre les parties modifie le partage fait par l'ascendant, si ce partage, au lieu d'être simplement annulable ou rescindable, était radicalement nul. Si, en effet, la Régie n'a pas à se préoccuper des vices que peuvent affecter les actes qui lui sont présentés et a le droit de les considérer comme valables, il en est autrement, ainsi qu'on l'a vu précédemment, lorsqu'il s'agit d'un acte absolument inexistant. Il n'y a pas eu de partage alors et le second acte ne modifie pas ses attributions qui n'ont jamais eu d'existence légale, mais constitue au contraire un partage absolument nouveau sur lequel doivent être perçus les

droits de partage d'après les dispositions qu'il contient. Il pourrait même, le cas échéant, y avoir lieu à la perception du droit de donation, si ce droit n'avait pas été perçu sur le premier acte, et même à la rigueur s'il avait été perçu, mais qu'il y ait prescription pour sa restitution, car la première perception a été irrégulière et n'aurait pas dû être faite.

Réalisation d'une condition résolutoire. — Les parties peuvent avoir fait leur contrat originaire sans condition résolutoire et stipulé par exemple que lors de l'événement de la condition certaines attributions seraient modifiées. Le nouvel acte qui constate le changement intervenu dans les lots ne semble pas devoir être soumis, quoiqu'on l'ait contesté, au droit proportionnel à raison des mutations qui surviennent. En effet, il n'y a plus ici résolution du partage pour nullité, à la suite d'une convention librement formée entre les parties. Le changement a été prévu dès l'origine ; il s'est effectué indépendamment de la volonté des parties qui n'ont fait que constater la réalisation de la condition. Aucune fraude n'est d'ailleurs à craindre pour la Régie qui est toujours à même de vérifier si la condition mise à la résolution se trouve remplie. Le droit de mutation ne pourrait être assis que sur un nouveau transfert de propriété, et ce transfert n'a pas lieu juridiquement. Par l'effet de la condition la mutation primitive est censée n'avoir jamais existé, et les attributaires n'ayant pas la propriété des biens compris dans leurs lots, n'ont pas à la transmettre aux nouveaux attributaires. Ceux-ci, s'il y a un simple changement dans la répartition des biens, reçoivent directement du constituant ceux qui leur sont dévolus, et il ne pourrait y avoir perception d'un droit proportionnel que

si des sôultes plus élevées que précédemment ou devant s'imputer d'une manière différente avaient été stipulées. Si, au contraire, le partage est purement et simplement résolu, le constituant ne reçoit rien de ses enfants, mais conserve une propriété dont il est censé ne s'être jamais démis. Un arrêt de la Cour de Cassation du 20 avril 1869 a reconnu que le droit proportionnel n'était pas exigible sur un échange entre copartageants résultant d'une clause résolutoire : « Attendu, en droit, que si après un partage complet, définitif et sans condition, l'échange fait entre cohéritiers des lots que le partage leur avait attribués constitue une mutation possible du droit proportionnel, il n'en saurait être de même lorsque cet échange a été prévu dans l'acte de partage dont il forme une des conditions, car on ne saurait y avoir, en ce cas, qu'une suite ou un complément du partage lui-même. » (Sir. 69, 1, 431).

Omission d'un enfant. — Le partage peut aussi être nul, par suite de l'omission d'un enfant. Cette nullité n'a pas, comme cela a été dit, empêché la perception du droit spécial de mutation établi par la loi de 1824. Mais cette nullité est d'une espèce particulière. L'héritier omis n'a pas besoin de le demander en justice. Il est saisi de plein droit par le décès du donateur de sa part dans sa succession. Le partage, dit Demolombe (VI, 167), est, en ce qui le concerne *res inter alios acta*, et l'action qu'il exerce n'est autre qu'une pétition d'hérédité ou en partage suivant le droit commun. Telle est l'opinion de la jurisprudence et de tous les commentateurs. Pour l'enfant omis, le partage n'est pas, comme pour l'enfant lésé, un titre apparent de propriété. S'il réclame le partage des biens laissés par l'ascendant, les biens qui

sont mis dans son lot ne lui viennent pas de ses cohéritiers, car la donation faite par l'ascendant est non avenue à son égard, mais il les reçoit directement de son auteur à la suite d'une mutation par décès. C'est donc le droit de mutation par décès qui était exigible et non le de transmission à titre onéreux. Inversement, de ce que l'enfant omis est saisi de sa part dans la succession, il en faut conclure que s'il renonçait moyennant une somme d'argent à ses droits, il y aurait là une véritable cession de droits successifs qui devrait être soumise au droit proportionnel d'après la nature des biens cédés.

DU DROIT DE TRANSCRIPTION

Droits à percevoir. — Le droit de transcription sur les portages d'ascendants a subi des variations diverses qui ont passé en revue au commencement de cette étude. Il est actuellement régi par la loi du 21 juin 1875, dont l'article 1^{er} le fixe à 50 centimes pour cent. Il est perçu d'après la même base que le droit de donation, dont il constitue en réalité un supplément, c'est-à-dire sur le capital obtenu, en multipliant par 20 ou 25 le revenu des immeubles démis, selon qu'il s'agit d'un immeuble urbain ou d'un immeuble rural. La loi de 1875 ayant permis de faire transcrire au droit réduit les partages antérieurs pendant un délai d'un an qui a été prorogé par l'article 6 de la loi du 26 mars 1878, il s'est présenté une question transitoire relativement au taux de capitali-

sation qui devait être adopté pour ces partages, quand ils comprenaient des biens ruraux en propriété ou en usufruit. La Régie, dans une solution du 14 juillet 1875, a décidé que la loi de 1875 qui, à côté d'une diminution de tarif, contenait une aggravation du taux de capitalisation, ne devait avoir un effet rétroactif que pour les prescriptions favorables aux contribuables, par application du principe général de la non-rétroactivité des lois. Cette décision avait en outre l'avantage de ne pas faire percevoir sur des bases différentes deux taxes qui n'en forment en réalité qu'une seule, la taxe de mutation qui avait été primitivement perçue sur une valeur calculée au denier 20, et la taxe de transcription que la loi de 1875 avait prescrit de percevoir sur un capital représentant 25 fois le revenu.

A propos du droit de transcription, il y a lieu surtout de s'occuper du droit qui est exigible sur la donation d'usufruit faite au profit des enfants, droit qui a suscité de nombreuses controverses, mais, auparavant, il est nécessaire d'examiner quelques questions accessoires qui peuvent présenter un certain intérêt théorique ou pratique.

Substitution comprise dans le partage. — Ainsi, avant la loi de 1824, lorsque le droit de transcription n'était pas exigible lors de l'enregistrement du partage, l'administration avait décidé qu'il y avait là une règle générale applicable à toutes les dispositions du partage. Celui-ci pouvait contenir une substitution à la charge d'un ou de plusieurs des donataires. Quoique, même avant la loi du 23 mars 1855, la transcription fût obligatoire pour les substitutions, comme la substitution n'était qu'une condition du partage, une modalité de la libéralité de

l'ascendant, elle constituait une disposition dépendante, et le droit de transcription qu'elle encourait se confondait avec celui du sur la donation. Ce dernier n'étant exigible que lors de la présentation de l'acte à la formalité, il en était de même du premier, la dispense établie par la loi de 1824 ne faisant aucune distinction suivant le motif qui rendait nécessaire la transcription.

Biens étrangers partagés avec les biens donnés. —

Mais dans un partage, l'ascendant peut comprendre des biens qui sont donnés à des étrangers. La donation qu'il fait à ceux-ci n'a aucune relation juridique avec le partage ; elle subsisterait, même si le partage était annulé ; c'est une disposition essentiellement indépendante. Avant donc la loi de 1824, l'administration, tout en s'abstenant d'exiger le droit de transcription sur les biens donnés aux enfants, était fondée à considérer le contrat intervenu comme se décomposant en deux actes distincts, et à percevoir le droit de transcription sur les immeubles attribués à des tiers. C'est ce qui a été décidé avec raison par une délibération du 16 décembre 1854. Aujourd'hui encore, la question présente un certain intérêt, bien que le droit de transcription soit immédiatement exigible. Le tarif à appliquer ne sera pas, en effet, le même, selon qu'il s'agira des biens démis au profit des enfants (0.50 pour cent), ou de ceux dont il est fait donation à des tiers (1 fr. 50 pour cent). En outre, les enfants sont toujours libres de séparer les deux dispositions faites par l'ascendant, de demander deux extraits de l'acte de donation, et de les présenter à la formalité, l'un indépendamment de l'autre, quoiqu'en principe il soit nécessaire de transcrire des expéditions et non de simples extraits, car chaque extrait contient ici un acte parfaitement indépendant.

Si aux biens donnés, les enfants ont réuni des biens leur appartenant déjà indivisément pour faire du tant un partage commun, le droit de transcription ne sera, bien entendu, pas exigible lors de l'enregistrement sur les biens non démis; il ne le sera pas davantage sur ces biens quand la transcription sera requise au bureau des hypothèques, car la formalité n'est pas requise pour le partage, elle ne l'est que pour purger les hypothèques pouvant grever les immeubles donnés par l'ascendant. La mention des autres biens n'est qu'énonciative au regard du Conservateur des hypothèques et l'impossibilité de scinder en deux le partage anticipé pour le faire transcrire explique seule son existence.

Renonciation faite par l'ascendant à l'usufruit des biens dont ses enfants sont nu-propriétaires. — J'arrive maintenant à la question de l'usufruit abandonné par l'ascendant au profit de ses enfants. On a vu que l'usufruit reposant sur la tête du donateur ne pouvant être compris dans un partage. C'est lorsqu'il s'agit de l'usufruit de biens dont les enfants étaient déjà nu-propriétaires que des difficultés se sont élevées relativement au droit de transcription. La renonciation faite par l'ascendant à son usufruit ne donne ouverture qu'à un droit fixe de mutation, d'après la jurisprudence qui a définitivement prévalu. Ce droit est aujourd'hui de 4 fr. 50 cent., d'après les articles 68, § 1, n° 42 de la loi du 22 frimaire an VII, 44, n° 4 et 54 de la loi du 28 avril 1816. Mais lorsque l'usufruit comprend des immeubles, le droit de transcription est exigible, car l'acte contenant une mutation immobilière par suite du caractère immobilier de l'usufruit est de nature à être transcrit pour purger les hypothèques pouvant grever l'usufruit du chef du donateur.

Seulement le droit à percevoir sera-t-il celui établi par la loi de 1875, ou, au contraire, est-ce le droit ordinaire de 1 fr. 50 c. pour cent ? Telle est la question qui se pose actuellement, alors qu'avant 1875 on avait simplement à se demander si le droit de transcription devait ou non être exigé lors de l'enregistrement de l'acte de renonciation. Cet acte n'étant pas un partage, comme on vient de le dire, il faut en conclure que le droit ordinaire de transcription est exigible en principe ; il convient cependant de distinguer deux hypothèses, selon que la nue-propriété appartenant aux enfants provient d'un précédent partage anticipé ou a une autre origine.

Nue-propriété provenant d'un précédent partage. — Dans le premier cas, on peut soutenir que l'acte de renonciation n'est pas une donation nouvelle et indépendante, mais constitue seulement un complément du premier partage. Il ne s'agit pas là sans doute d'un acte complémentaire au sens strict de l'article 68, § 1 n° 6 de la loi du 22 frimaire an VII qui vise seulement, et soumet, au droit fixe les actes qui ne contiennent que l'exécution, le complément et la consommation d'actes antérieurs, car il y a réellement transmission d'un droit nouveau. Mais les conventions intervenues peuvent et doivent s'analyser en un partage anticipé unique, quoique réalisé en deux fois. C'est un droit incontestable qu'à l'ascendant d'opérer sa donation en plusieurs contrats successifs. On ne doit pas considérer isolément l'acte de renonciation. C'est la suite du premier partage. L'ascendant a voulu à l'origine conserver certains biens, soit pour ses besoins, soit parce que ses enfants n'étaient pas aptes à les gérer. Plus tard, il les réunit à sa première donation. Il ne fait pas là un nouveau partage indépen-

dani du premier, mais une libéralité unique. On ne pourra pas attaquer séparément chacun des actes, soit pour lésion, soit pour omission, soit pour tout autre acte. On devra, au contraire, tenir compte seulement du résultat définitif auquel est parvenu l'ascendant pour déterminer si les règles du partage anticipé ont été violées et apprécier les griefs des descendants. C'est qu'en effet, dans la dernière libéralité, les précédentes se trouvent virtuellement comprises au moins sous forme de rapport fictif, sauf bien entendu le cas d'une volonté opposée, formellement exprimée par le donateur. Or, la loi ne contient aucune prescription prohibitive relativement à la nature et à l'espèce de biens qui peuvent faire l'objet des partages successifs de l'ascendant. Rien ne l'empêche de faire la répartition à son gré, de comprendre, par exemple, la nue-propriété dans un premier acte et l'usufruit dans un second. Son but définitif aura toujours été de saisir ses enfants de la propriété des biens composant son patrimoine. Dès l'origine, d'ailleurs, il les en saisit virtuellement, puisque son usufruit se teint par son décès. Il ne fait que hâter leur jouissance, que compléter réellement sa libéralité primitive. Le caractère de succession anticipée que doit avoir le partage se trouve même confirmé par la renonciation, puisque les enfants sont saisis, non plus d'une simple nue-propriété, mais d'une pleine propriété, comme s'il y avait eu décès. Si la renonciation produit un pareil effet, comment contester sérieusement qu'elle soit un acte d'exécution, une consommation du premier partage. Il n'est pas rigoureusement vrai non plus de dire que l'ascendant ait transmis seulement un usufruit à ses enfants. En réalité, au moins par la pensée, il réunit, par un rapport fictif, la nue-propriété à l'usufruit, et c'est la pleine propriété qu'il attribue définitive-

ment à chaque enfant. On a vu déjà qu'il était loisible au donateur de comprendre dans son partage des biens précédemment donnés dont le rapport fictif à la masse partagée était imposé aux enfants.

C'est précisément ainsi qu'il faut interpréter la renonciation de l'ascendant. Comme le droit proportionnel a été déjà perçu sur le premier acte, comme s'il y avait eu transmission de la pleine propriété, on ne percevra plus qu'un droit fixe sur l'abandon de l'usufruit. C'est l'origine de cet usufruit qui explique et justifie une pareille perception, défendue en ces termes par le *Dictionnaire des Rédacteurs* (V^o Partage d'ascendants) : « On ne peut contester, d'une part, que cet usufruit forme le deuxième élément d'une valeur dont l'autre élément consiste dans la nue-propriété ; que, d'autre part, l'ascendant, qui avait le droit de comprendre dans son premier partage la totalité de cette valeur, c'est-à-dire l'ensemble des deux éléments, a pu également, sans déroger aux prescriptions des articles 1075 et 1076 Civ., n'y comprendre que la nue-propriété. Cela étant admis, la plus simple logique veut que l'autre élément, l'usufruit, tombe sous la même règle et que, par un second partage, l'ascendant puisse compléter avant sa mort son œuvre de démission que des mesures de prévoyance l'avaient d'abord obligé à restreindre. »

La renonciation étant un acte complémentaire et non un partage, la conséquence en est qu'il ne sera dû ni droit proportionnel de mutation, ni droit de transcription, car ces droits ont déjà été perçus sur l'acte primitif. Quelques auteurs et notamment M. Garnier ont critiqué ce système en disant, d'une part, que la renonciation n'était pas un des actes prévus par l'article 68, § 1^{er}, n^o 6 de la loi de frimaire, parce qu'elle ajoutait aux conven-

tions primitives, ce qui n'est pas réellement contesté, ainsi qu'on a pu le voir plus haut, et, d'autre part, que s'il y a complément en ce sens que le but visé par le donateur se trouve définitivement atteint au moyen de deux contrats successifs, le second contrat contenant une mutation est soumis au droit de transcription. S'il n'y a, dit-on, aucun nouveau droit proportionnel de mutation, c'est que ce droit a été acquitté par avance lors de la donation de la nue-propriété. Mais comme, indépendamment de ce droit de mutation, l'acte translatif est encore assujéti à une taxe différente fondée sur des motifs distincts, on ne peut pas, pour s'en exonérer, invoquer le caractère déclaratif du contrat et son effet de pur complément. La dernière partie de ce raisonnement ne semble pas exacte. S'il est vrai qu'aucun droit de mutation n'est dû, parce que ce droit a été primitivement perçu, il en doit être de même du droit de transcription qui ne fait qu'un avec lui. Ce droit de transcription a, en effet, été perçu, lui aussi, intégralement à l'origine, sans qu'on ait tenu compte de la réserve d'usufruit. Cette réserve disparaissant, aucun droit nouveau n'est exigible à raison de la transcription qui peut être nécessaire du nouvel acte de complément, car le droit pour cette transcription a été déjà perçu au même titre que le droit de mutation. Le droit originaire a été perçu comme si l'ascendant avait immédiatement donné la pleine propriété de ses biens par un seul acte. S'il s'en démet en deux fois, comme les deux contrats ne forment toujours qu'un partage anticipé unique, aucun supplément de droit ne peut être exigé. C'est ce qui paraît avoir été définitivement admis par la jurisprudence dans diverses sentences excluant la perception du droit de transcrip-

tion de 1 fr. 50 pour cent sur des abandons d'usufruit postérieurs à un premier partage.

Nue-propriété ne provenant pas d'un précédent partage.
— Lorsque la nue-propriété des donataires ne provient pas d'un premier démembrement des biens du donateur, l'abandon de l'usufruit appartenant à ce dernier ne consolide pas un premier partage et n'en peut être regardé comme un complément. On rentre alors sous l'empire de la règle générale qui ne permet pas de comprendre dans un partage anticipé un usufruit reposant sur la tête du donateur. Le droit de transcription exigible est celui de 1 fr. 50 pour cent et non pas le droit réduit établi par la loi de 1875, car il n'y a pas partage anticipé, et avant 1875, le droit de transcription était immédiatement exigible lors de l'enregistrement. C'est cette doctrine qui prévaut aujourd'hui, quoiqu'elle ait été contestée à l'origine et que certains tribunaux aient refusé de l'appliquer. Comme exemple, on peut citer celui d'un ascendant survivant qui se démet de l'usufruit qu'il a sur les biens de la communauté dissoute ou de son conjoint prédécédé.

L'usufruit abandonné peut concerner des biens déjà donnés dans un premier partage ainsi que des biens possédés à un autre titre par les donataires. Il faut alors distinguer. L'abandon ne constitue pas pour le tout un partage anticipé, lorsque, par exemple, une veuve abandonne, moyennant une rente viagère, l'usufruit de ses biens déjà donnés et des biens de son conjoint prédécédé. Mais une décision contraire doit être donnée pour l'abandon fait par une veuve de l'usufruit qu'elle a, en vertu d'un partage anticipé fait *conjointement* par elle et son mari prédécédé, avec réserve d'usufruit au profit du survivant des donateurs.

En effet, dans ce dernier cas, la veuve ayant l'usufruit de tous les immeubles en vertu de l'acte de partage anticipé auquel elle avait concouru personnellement comme donatrice, sa renonciation forme pour le tout complément de ce partage. Il n'en est pas de même de la première hypothèse. L'abandon fait par le survivant doit y être décomposé en deux parties, dont l'une seulement constitue le complément du partage qu'il a opéré, et dont l'autre ne peut, à aucun titre, être considérée comme un partage anticipé. Ces deux parties sont réellement indépendantes, quoique comprises dans le même acte, et rien n'empêche de percevoir le droit de transcription sur les biens dont la nue-propriété ne provient pas aux enfants de la donation faite par le survivant de leurs auteurs.

Lorsque l'usufruit provient d'un précédent partage, l'abandon peut n'en être fait qu'au profit de certains enfants seulement. Est-ce encore un complément de partage, ou bien le droit de transcription ordinaire est-il exigible? L'administration a voulu percevoir le droit de 1 fr. 50 cent. pour cent, d'une manière générale, mais elle n'a pas toujours été acceptée par les tribunaux. Il semble que la question doive se résoudre par une distinction. On a vu que, pour qu'il y ait partage anticipé, il fallait que la donation s'adressât à plusieurs enfants, et que faite à un seul, elle ne peut être qu'une donation ordinaire. Pourquoi ne pas appliquer ici la même règle? Que l'ascendant renonce purement et simplement à son usufruit au profit de plusieurs donataires, l'acte primitif sera complété à l'égard de ces donataires; il constituera, entre eux, un partage de la pleine propriété, partage annulable sans doute, car il y a eu des enfants omis, mais la nullité ne peut être invoquée par l'administration. Si, au contraire, il y a abandon d'usufruit au profit d'un seul enfant, c'est

une faveur spéciale qui lui est faite ; l'idée de compléter le partage n'a pas inspiré cet abandon, car l'ascendant n'a pu vouloir y introduire une inégalité qui n'y existait pas d'abord, inégalité d'autant plus choquante qu'elle ne concerne qu'un seul individu. En outre, on ne peut pas dire que la pleine propriété soit partagée à l'égard de qui que ce soit, puisque tous les enfants, sauf un, restent lotis en nue-propriété.

Si l'abandon d'usufruit au profit de tous les enfants ou *a fortiori* de quelques-uns avait lieu à titre onéreux, le droit de transcription serait, sans aucun doute, exigible immédiatement à 1 fr. 50 cent. pour cent. La stipulation d'un prix enlève à l'acte tout caractère de donation contenant partage et montre que, dans l'intention des parties, c'est un acte absolument distinct du partage qui est antérieurement intervenu. Mais la solution devrait être différente si la renonciation à l'usufruit avait lieu moyennant la création d'une rente viagère au profit du donateur, lorsque cette transformation a été prévue dans l'acte de donation anticipée. Il n'y a là, en effet, que l'exécution d'une clause du partage, l'accomplissement d'une modification stipulée sous certaines conditions et non pas une renonciation d'usufruit à titre onéreux. C'est un véritable acte de complément qui intervient, c'est le partage qui est définitivement exécuté, et cela même si la conversion n'a pas lieu à l'égard de tous les enfants, mais seulement de quelques-uns.

Lorsque, dans une donation-partage, l'ascendant renonce en même temps à l'usufruit qu'il avait sur des biens appartenant en nue-propriété aux donataires, cette renonciation indépendante du partage constitue une donation ordinaire, car l'usufruit n'a pu être donné à titre de succession anticipée, et, par conséquent, c'est le

droit ordinaire de transcription qui devra être perçu sur es biens immeubles dont l'usufruit est cédé, alors que le droit de 50 cent. pour cent sera exigible sur les autres biens compris dans le partage anticipé. Ce n'est là qu'un cas particulier d'application des principes précédemment posés.

DU DROIT DE SOULTE

Période antérieure à la loi du 18 mai 1850. — Primitivement il n'y avait aucune disposition législative spéciale au droit de soulte, dans les partages d'ascendants. La loi de frimaire frappait seulement les soultes contenues dans les partages ordinaires, se refusant à leur attribuer un caractère exclusivement déclaratif, suivant en cela la jurisprudence du centième denier. Mais d'un autre côté les charges mises à une donation étaient exemptes de tout droit spécial. Or un partage anticipé tenait à la fois du partage et de la donation. La soulte qui pouvait s'y trouver stipulée était imposée par l'ascendant à certains des donataires. On pouvait donc la considérer comme une charge de la libéralité faite aux enfants et la déclarer exempte du droit de mutation. Cela était d'autant plus acceptable que les biens étaient transmis directement du donateur à ses descendants. L'indivision n'avait jamais existé en fait. On ne pouvait dire alors que la soulte payée par celui dont le lot était le plus fort représentait le prix de la cession de l'excédent de son lot qui lui avait été faite par ses copartageants, ceux-ci n'ayant eu aucune

espèce de droit sur les biens de ce lot. C'était véritablement l'ascendant qui imposait une soulte au donataire en échange de la plus grande libéralité qu'il lui faisait, et le créancier de la soulte n'en devenait créancier que par la volonté de l'ascendant et non par suite d'une vente fictive qu'il aurait consentie. Des controverses très vives ne tardèrent pas à être soulevées au moins pour le cas où le partage est fait par l'ascendant, car lorsque celui-ci s'est borné à des attributions indivises, les soultes que les enfants stipulent ensuite dans le partage qu'ils opèrent entre eux sont des soultes ordinaires passibles du droit de mutation et ne peuvent à aucun titre être considérées comme des charges de la donation qui a précédé leur création.

À l'origine l'administration avait paru admettre la théorie qui exempte les soultes de tout droit spécial et en fait des conditions de la libéralité de l'ascendant. Mais elle revint bientôt sur cette doctrine. Les tribunaux furent aussitôt saisis de réclamations des parties, et rendirent des sentences contradictoires. Saisie de la question, la Cour de Cassation par quatre arrêts successifs des 11 décembre 1838, 27 janvier 1840, 23 février 1841 et 22 mai 1844 (Sir. 38, 1, 955; 40, 1, 232; 41, 1, 195; 94, 1, 552), décida que la soulte n'impliquait aucune transmission de propriété, les codonateurs tenant leurs droits du donateur directement, et ceux qui reçoivent la soulte n'ayant jamais été propriétaires d'une portion du lot du donataire chargé de payer.

L'administration accepta la doctrine de ces arrêts et déclara que les sommes ou les charges dont le paiement serait imposé à des donataires au profit ou à la charge d'autres donataires ne donneraient pas lieu au droit de soulte, mais qu'il n'en serait pas de même si les ascendants donateurs qui font le partage, ou si les donataires

qui y procèdent en leur présence et immédiatement par le même contrat que la donation, réunissent aux biens donnés et censés transmis directement à chaque copartageant, des biens dont ceux-ci étaient antérieurement propriétaires indivis. Le partage de ces derniers biens devait être considéré, abstraction faite de ceux donnés, car il formait, à l'égard des copartageants, un partage entre cohéritiers, qui était régi par les mêmes règles que les partages de successions.

Cette doctrine est encore suivie en Belgique où la législation n'a pas été modifiée à l'égard des soultes des partages d'ascendants. C'est ainsi que deux arrêts de la Cour de Cassation du 6 novembre 1826 et du 6 novembre 1827 (Pasicrisie 26, 273; 27, 301) écartent l'application du droit de soulte dans un partage testamentaire; de même un arrêt de la Cour de Liège du 16 juin 1887 (Pasicrisie 87, 2, p. 334) également dans l'hypothèse du partage testamentaire déclare que la soulte n'est qu'une condition de la disposition testamentaire soumise au droit fixe, quoique la soulte n'ait pas été fixée directement par le testateur, mais résultât d'un acte postérieur notarié constatant la différence de valeur au décès des lots formés par le de cujus, acte notarié prévu, il est vrai, par ce dernier.

Loi du 18 mai 1850. — En France on se décida à faire une loi nouvelle pour compléter l'assimilation commencée par la loi de 1824 entre les partages de succession et les partages anticipés. Puisque, pour l'enregistrement, un pareil partage constitue une dévolution anticipée de la succession du donateur et est passible d'un droit de mutation égal au droit de succession, lorsqu'il y a une soulte, celle-ci doit également être passible du même

droit que si elle avait été contenue dans un partage ordinaire de succession. C'est ce qu'a formellement décidé l'article 5 de la loi du 18 mai 1850, écartant ainsi dans la donation-partage le caractère de mutation à titre gratuit entre vifs pour ne plus voir que l'ouverture anticipée de la succession du donateur et le partage de cette succession. Ce partage est censé ne plus être l'œuvre de l'ascendant lorsqu'il y a une soulte, mais bien celle des donataires eux-mêmes. La soulte représente le prix des cessions de lots qu'ils se consentent réciproquement et n'est plus une charge de la donation. Quant aux règles sur la perception du droit de soulte, la loi de 1850 n'en crée pas de nouvelles; elle se borne à renvoyer aux lois déjà existantes. Les règles à suivre seront donc alors les mêmes que pour les partages ordinaires. Le principe est que, la soulte représentant le prix que paie pour l'excédent de son lot l'un des copartageants, excédent qui est censé lui avoir été vendu par ses copartageants, le droit à percevoir est le droit de mutation à titre onéreux, à raison de cet excédent et de la nature des biens qui le composent. Lorsque les parties ont stipulé quels sont, parmi les biens attribués à l'enfant débiteur, ceux qui sont compris dans l'excédent et que représente la soulte, aucune difficulté ne subsiste pour la perception. Si, ce qui est le cas le plus ordinaire, les parties n'ont rien dit, on interprète leur convention dans le sens le plus favorable au débiteur, c'est-à-dire que la soulte est imputée d'abord et à due concurrence sur les valeurs exemptes de tout droit de mutation comme les rentes et rapports, puis sur les créances, sur les meubles et enfin sur les immeubles. Cette règle d'imputation prescrite à l'origine pour les seuls partages de succession est devenue, depuis 1850, de tous points applicable aux partages anticipés.

Imputation de la soulte sur les reprises de la femme. —

Il s'est présenté à ce sujet une difficulté lorsque deux époux faisaient conjointement le partage de leurs biens, le père donnant ses biens propres et en particulier ses immeubles, et la mère donnant ses reprises contre son mari à défaut de biens propres, reprises qui sont garanties par une hypothèque légale sur les immeubles de son conjoint. Les reprises constituent des biens distincts de ceux du mari, et comme pour la perception du droit de donation on fait abstraction des charges grevant les valeurs transmises, le droit de mutation devra être perçu et sur les biens propres du mari et sur les créances de la femme. Les enfants comme héritiers présomptifs des deux époux feront confusion sur eux-mêmes des créances de leur mère et de la dette qui leur incombe à cet égard du chef des biens qu'ils ont reçus de leur père. Mais les reprises de la mère n'en sont pas pour cela des valeurs fictives, qui ne figurent au partage que pour ordre et dont il n'y a pas lieu de tenir compte pour le calcul de la soulte, en les considérant comme éteintes par confusion. Ces reprises ayant subi le droit proportionnel existent réellement au moment de la donation et au moment où la soulte est stipulée dans le partage. Il faut dès lors en tirer cette conséquence que la soulte devra, pour la perception du droit, être imputée d'abord sur les reprises qui constituent une créance dont la cession n'est sujette qu'au droit d'un pour cent, et subsidiairement sur les immeubles garantissant le paiement de ces reprises. A l'origine cela fut admis sans contestation par l'administration. Mais s'appuyant sur un ancien arrêt de la Cour de Cassation du 23 mars 1853 qui avait déclaré en matière de partage ordinaire que les reprises s'éteignaient par confusion, elle décide plus tard qu'il n'y

avait qu'une seule donation comprenant uniquement les biens du père, et par conséquent immobilière pour le tout, lorsque ces biens étaient des immeubles, les reprises de la femme constituant des valeurs fictives dont il n'y avait pas à se préoccuper. Cette théorie qui peut être exacte en matière de partage ordinaire après le décès des deux parents, le partage étant postérieur à l'extinction par confusion des reprises de la femme que l'on ne peut arbitrairement faire revivre, n'est pas admissible pour les partages anticipés, où il est contradictoire, dans un même acte de considérer comme existantes des créances lorsqu'il s'agit de percevoir le droit de donation, et comme inexistantes lorsqu'il y a lieu de percevoir le droit de soulte. Aussi l'administration se vit-elle bientôt obligée de revenir à sa première doctrine, reconnaissant que la créance de reprises doit être considérée comme partie intégrante de l'actif partagé, car on ne saurait l'envisager, dans le même acte, comme valeur réelle pour le droit d'un pour cent, et comme valeur fictive pour le droit de soulte, suivant qu'il en résulte un avantage pour le Trésor.

Distinction entre le partage et la donation avec charges. — La loi de 1850 ne s'appliquant qu'aux partages anticipés proprement dits, il y a intérêt à savoir, quand il y a une soulte stipulée au profit d'un lot, si on se trouve en présence d'un partage ou d'une donation avec charges. Bien que le droit de mutation soit plus élevé pour une donation, les parties peuvent avoir intérêt à faire considérer leur contrat comme une donation pour éviter le droit de soulte. Mais l'administration n'est pas liée par les déclarations des parties, elle a le droit de rendre aux actes leur véritable signification et de percevoir en consé-

quence. Il est seulement difficile dans certains cas de distinguer si l'on est en présence d'une donation avec charges ou d'un partage anticipé avec soultes. C'est une question d'espèce, pour laquelle il n'est pas possible de donner des règles générales. On a déjà vu plus haut un grand nombre de circonstances et de caractères juridiques, permettant de reconnaître l'existence d'un partage anticipé. Mais, malgré cela, la question peut ne pas se trouver résolue ; aussi les controverses ont-elles été nombreuses ainsi qu'en témoignent les décisions judiciaires et administratives. L'on devra toujours s'attacher avec soin aux termes employés par les parties, la qualification par eux donnée à leur contrat ne devant être écartée que pour des raisons sérieuses, ainsi qu'à la forme de l'acte, à la nature des biens transmis et aux conditions mises à cette transmission.

Un arrêt de la Cour de Cassation du 8 juillet 1841 (Sir. 41, 1, 480) a déclaré qu'il y avait donation ordinaire dans l'acte par lequel un ascendant attribuait à deux enfants sur quatre divers immeubles à charge pour un donataire de voir son lot grevé de restitution au profit de ses enfants nés et à naître, et sous l'obligation de payer une pension viagère à l'un des enfants non donataires et une rente alimentaire à l'autre. La même décision, lorsque, après donation faite à titre de partage anticipé d'un immeuble à deux enfants, à charge de rapporter une certaine somme à la succession du donateurs, les enfants ont attribué l'immeuble à un seul d'entre eux qui devait faire seul le rapport. Puisqu'un seul enfant recueille un bénéfice de la donation, celle-ci n'est pas un véritable partage, et l'intervention de l'autre enfant n'a eu lieu que pour donner au contrat l'apparence d'un partage.

Lorsque les caractères du partage anticipé font défaut, lorsque, au contraire, tout concorde pour montrer que les parties n'ont nullement eu l'intention de faire un partage, ces parties ont donné à leur contrat la qualification de donation ordinaire, on devra s'en tenir à cette qualification.

Pour admettre le contraire, il faut que l'ensemble des circonstances qui accompagnent la donation permettent de considérer que celle-ci a eu pour but de dissimuler un véritable partage.

Le plus souvent, lorsque, par suite d'une donation, tous les enfants se trouveront lotis, soit en valeurs, soit en créances sur quelques-uns d'entre eux, on devra admettre qu'il y a partage et non donation ordinaire, et le droit de soulte devra être perçu en conséquence. Même quand l'ascendant ne distribue directement ses biens qu'à quelques-uns de ses descendants, les sommes qu'il les charge de verser aux autres enfants ont pour but, presque toujours, d'indemniser ces enfants de la part à laquelle ils auraient eu droit dans les biens donnés, c'est-à-dire de les allotir dans le partage auquel procède réellement l'ascendant et constituent ainsi des soultes représentant le prix de la cession imposée aux enfants des droits qu'ils pourraient avoir dans ces mêmes biens. La Régie est donc en droit de considérer l'acte comme un partage et d'exiger le droit de soulte, tout en consentant à l'application du tarif réduit établi par la loi de 1824 pour la mutation. C'est par application de ces principes que deux arrêts anciens de la Cour de Cassation des 1^{er} décembre 1830 et 30 décembre 1839 ont vu un partage anticipé dans la donation faite à un seul enfant ou à quelques enfants seulement de certains biens à charge de payer aux autres enfants des sommes équiva-

lentes à leurs droits dans ces biens, surtout si l'ascendant a déclaré vouloir faire un partage. La même solution doit être adoptée à fortiori lorsque la donation comprend la presque totalité des biens appartenant alors à l'ascendant qui ne se réserve guère qu'une rente viagère. C'est ce qui a été admis par un arrêt de la Cour de Cassation du 18 juin 1867, rendu en matière civile. Il importe peu, d'ailleurs, que la donation soit faite isolément ou soit comprise dans un contrat de mariage, par exemple, lorsque des parents, en donnant au futur époux, ses biens destinés à former sa dot, stipulent qu'il paiera à des frères et sœurs des sommes représentant leur part dans ces biens.

Il en est de même, quoique la donation du futur époux ait été déclarée faite par préciput, car la clause de préciput peut simplement avoir pour objet, non pas d'avantager le donataire, mais de l'empêcher de rapporter les biens donnés à un partage ultérieur, ce qui est le propre du partage anticipé. La dispense de rapport peut servir à prouver l'existence d'un partage, car, en général, elle indique nettement chez l'ascendant la volonté de faire un partage d'ascendant et de ne plus laisser comprendre les biens donnés dans le partage ultérieur de sa succession.

Différentes espèces de soultes. — Les principales questions que j'aurai à examiner relativement au droit de soulte concernent la charge de payer les dettes du donateur, les sommes payables au donateur et leur répartition, les donations faites par préciput, la dissimulation des soultes et le droit d'expertise appartenant à l'administration.

La forme la plus simple sous laquelle peuvent se pré-

senter les soultes dans un partage d'ascendants est celle d'une somme payable par un des donateurs, qui a reçu plus que les autres, à ses copartageants. Mais la soulte peut revêtir d'autres formes plus compliquées. Pour apprécier s'il y a soulte, on devra examiner si chaque donataire a été également apportonné en valeurs démises. Si l'un d'eux a reçu plus que sa part virile, l'excédent devra être compensé par une soulte afin que l'égalité, base essentielle du partage, soit toujours respectée. La soulte consistera le plus souvent en une somme d'argent payable par l'attributaire de l'excédent, somme qui représente le prix de cet excédent. Mais elle peut consister aussi en l'obligation de supporter une plus forte part du passif ou de contribuer davantage aux charges de la donation. Inversement, l'existence d'une inégalité dans la répartition du passif ou des charges prouvera l'inégalité des lots et, par suite, l'existence d'une soulte et permettra la perception du droit.

Inégale répartition des dettes de l'ascendant — On a vu précédemment que le droit fiscal considérerait les donataires comme tenus de plein droit des dettes de l'ascendant. Ils en sont tenus proportionnellement à leurs droits, la part de dettes devant correspondre à la part de l'actif. Si un enfant est obligé de payer plus, pour compenser les avantages résultant à son profit d'une attribution supérieure aux autres, il y a, par application de ce qui vient d'être dit, soulte passible du droit. C'est ce qui a été reconnu par nombre de tribunaux. Le droit de soulte est exigible sur ce qui excède la part virile du donataire dans les charges imposées par l'ascendant, parce qu'en payant cet excédent, l'enfant rend véritablement en argent à ses codonataires

l'équivalent de ce qu'il reçoit en plus dans les biens donnés, et qu'il importe peu que ce paiement soit fait à un tiers ou aux codonataires, ces derniers se trouvant, au moyen de ce paiement, exonérés de la portion des dettes dont ils auraient été tenus personnellement.

Inégale répartition des sommes en rentes à payer au donateur. — La solution doit être la même lorsque l'un des donataires doit seul payer au donateur une somme déterminée ou paie plus que sa part virile dans une somme ou dans une pension que s'est réservée le donateur. Les charges du partage doivent, en effet, être égales pour tous, et si l'un des codonataires y participe plus que les autres, c'est qu'il lui a été attribué un excédent de biens demis. Le supplément de charge est l'équivalent de l'excédent dans les attributions et a pour but de rétablir l'égalité dans les lots. Aussi, est-ce avec raison que le tribunal de Rethel a exigé le droit de soulte sur ce qui dépasse la part virile de chaque donataire dans la somme payée à l'ascendant, tout en reconnaissant que la soulte a, dans l'espèce, la plus grande analogie avec la charge attachée à une donation ordinaire, mais que cette plus ou moins grande ressemblance ne peut exercer aucune influence en matière de fiscalité où tout est rigoureux. Il importe peu d'ailleurs que la somme que le donataire doit payer, en raison de ce qu'il a reçu en trop, se compense au moment du partage en tout ou en partie avec une créance qu'il possédait sur l'ascendant donateur, car la compensation éteint bien la dette, mais seulement en ce qui concerne l'obligation du paiement et ne détruit pas l'existence de la soulte.

Il arrive souvent que le donateur, en imposant à ses enfants l'obligation de payer ses dettes, se réserve le droit de les acquitter personnellement au moyen des

sommes que les enfants devront lui payer. Le partage déclare expressément que les sommes à recevoir par l'ascendant ont pour but de le libérer vis-à-vis de ses créanciers. Au fond, il y a là un engagement pris par les enfants de payer les dettes de leur ascendant. Si la somme payée dans ce but n'est à la charge que d'un seul enfant, ou se trouve due par tous, mais est inégalement répartie entre eux, le droit de soulte est évidemment exigible, conformément à ce qui a été dit plus haut. Ce n'est là qu'un cas particulier d'une théorie plus générale.

On a soutenu, il est vrai, que les sommes réservées par l'ascendant et inégalement réparties ne constituent pas une soulte, mais une réserve apportée à la donation. Cet argument est celui qui sert de base à une théorie que certains jugements et même des solutions administratives paraissent avoir admises lorsqu'on se trouve en présence d'une somme stipulée payable au donateur lui-même, celui-ci pouvant en faire l'emploi qu'il juge convenable, même s'en servir pour acquitter ses dettes. Des tribunaux ont refusé de considérer comme soulte la somme payable aux donateurs sous le prétexte que cette somme était l'équivalent pour eux de la jouissance des biens qui avaient été donnés sans réserve et devait être regardée comme une simple condition de la libéralité. Un arrêt de la Cour suprême précédemment rapporté du 23 avril 1867 (Sir. 67, 1, 264), s'est prononcé dans ce sens et a déclaré que la somme à remettre au donateur n'est pas une soulte, mais reste en dehors de la donation et ne figure pas parmi les valeurs transmises. La réserve stipulée constitue une dépendance du contrat de donation et à ce titre ne donne ouverture à aucun droit. Dans l'espèce où elle est intervenue, la désision de la Cour

peut s'expliquer, non en vertu de la théorie générale qui vient d'être exposée, mais par cette circonstance que le donataire chargé de payer au donateur la somme stipulée avait reçu un préciput bien supérieur. En effet, ainsi qu'on le verra, les charges imposées à un enfant copartageant en sa qualité de préciputaire ne sont pas des soultes véritables, et lorsqu'il apparaîtra en fait que la somme à payer à l'ascendant donateur est due par un enfant à raison de son préciput et nullement en raison des attributions qui lui ont été faites comme copartageant réservataire, aucun droit ne sera exigible.

Néanmoins l'administration paraît devoir donné à l'arrêt de la Cour une portée plus générale que justifie l'absence de toute restriction dans les considérants, ainsi qu'en témoignent plusieurs solutions potérieures.

La doctrine qui a inspiré ces décisions précédentes ne paraît cependant exacte. Elle est critiquée avec raison avec Garnier (*Rép. Gén.* 12620) et par le *Dictionnaire des Rédacteurs*. Dès que l'ascendant a manifesté l'intention de faire un partage égal, et que néanmoins l'un des enfants est chargé des dettes ou de toute autre charge de la donation pour plus que sa part héréditaire, c'est qu'il a reçu davantage que les autres, et le droit de soulte est exigible. Il n'y a aucunement lieu de distinguer entre les sommes payées au donateur directement et celles payées pour l'acquit de ses dettes. Les premières ne constituent pas plus que les secondes une réserve prise sur les biens donnés ou toutes deux en constituent une au même titre. Elles diminuent l'actif net transmis aux enfants, mais l'actif brut reste même, et c'est sur cet actif brut que l'on perçoit le droit de mutation, car c'est cet actif qui est véritablement transmis. Quand un ascendant donne un immeuble d'une valeur de 100 à charge de lui payer 20,

les enfants deviennent bien propriétaires de l'immeuble entier et d'une valeur de 100. Quoique créancier de 20, l'ascendant ne contient rien, ne *réserve* rien de la propriété de l'immeuble. Le droit de donation sera payé sur 100 sans aucune déduction, ainsi que le veut la loi de frimaire an VII. La réserve est une charge du partage, charge qui se répartit également entre tous les enfants ; c'est un véritable passif assimilable aux legs qui grèvent une succession, et chacun doit le supporter pour sa part, comme s'il y avait eu dévolution par décès. Si un seul enfant est obligé de payer les 20 que s'est réservés l'ascendant, c'est, en supposant que l'égalité ait été conservée, qu'il a reçu un lot plus fort que celui des autres, et la charge supplémentaire qui lui est imposée est précisément le prix de l'excédent de son lot, c'est-à-dire constitue une soulte. La situation est absolument la même que si cet enfant payait une somme à ses copartageants, en supportait une plus forte part que les autres dans les dettes du donateur. Il n'est pas exact non plus de dire que l'obligation exclusive d'un enfant est une condition spéciale de la libéralité et pas une soulte. Cela peut être vrai dans une donation ordinaire ; mais dans un partage, la vocation héréditaire des enfants est fixée par la loi et ne peut être modifiée arbitrairement par le père, toute idée de préciput mise à part. Le père n'a pas le droit de subordonner à une condition l'attribution qu'il fait à ses enfants de ses biens, car cette attribution se fait de plein droit ; et s'il donne à l'un plus qu'à l'autre, il doit compenser la différence par une charge supplémentaire, charge qui est une véritable soulte et que la loi de 1850 a assujettie au droit de soulte, par opposition avec ce qui a lieu dans les donations ordinaires.

On a invoqué un autre argument en faveur de la théo-

rie précédente. Un ascendant donnant à l'un de ses deux enfants un lot supérieur à celui de l'autre, mais en se réservant la faculté de disposer d'une somme égale à la différence des deux lots, somme à payer par le lot le plus élevé, ce qui rétablissait ainsi l'égalité, on a déclaré qu'il n'y avait pas lieu au droit de soulte. On s'est appuyé sur la différence existant entre le partage ordinaire et le partage d'ascendants. Dans le premier, les enfants étant tous saisis également des biens de la succession et tenus de même des dettes, lorsque l'un d'eux prend une part des biens plus forte que celle qui lui revenait, à charge d'en payer le prix à un créancier, cette charge constitue une véritable cession de biens. Au contraire, dans le partage d'ascendants, chaque enfant n'a de droits que sur ce qui lui a été transmis et n'est tenu que des charges qui lui sont personnellement imposées, Quand donc l'ascendant oblige l'un de ses enfants à lui payer une certaine somme en échange d'un bien qu'il lui donne personnellement, ce bien n'entre pas réellement dans le partage pour être, ensuite, distribué, mais il est directement attribué à l'enfant débiteur, et les autres enfants n'en ayant reçu aucune partie, n'ont pu rien en transmettre, ce qui exclut la perception du droit de soulte. La loi de 1850 ne vise que les soultes de partage, c'est-à-dire celles qui ont été stipulées dans le partage des biens que le donateur attribue à tous ses enfants et non pas à un seul. Sans doute, le partage n'est pas toujours précédé en fait d'une attribution indivise, mais la loi suppose l'existence d'une indivision préalable, et c'est sur les mutations fictives qui sont censées s'être produites qu'elle perçoit le droit de soulte quand la répartition n'a pas été égale pour tous. Le bien attribué directement à un enfant à charge de payer une somme au donateur n'est pas compris dans l'attribu-

tion indivise ; il est réservé, ne fait pas partie de la masse partageable, ne constitue pas un excédent reçu par l'enfant en plus de sa part virile, excédent dont le prix serait la somme due à l'ascendant et, par suite, ne donne pas lieu au droit de soulte. En réalité, le partage anticipé se décompose. D'un côté il y a un partage entre tous les enfants des biens qui leur sont donnés à l'exception du bien pour prix duquel l'ascendant se réserve une somme ou une pension déterminée, et ce partage donne lieu au droit de soulte ; et de l'autre côté, ne superposant au partage, il y a une donation ordinaire par laquelle l'enfant débiteur se trouve directement saisi d'un bien, en échange duquel il lui est imposé une charge déterminée, sans qu'une portion quelconque de ce bien lui soit transmise, même fictivement, par ses copartageants.

La distinction faite ci-dessus entre le partage d'ascendants et le partage ordinaire est absolument inexacte. La loi de 1850 a assimilé entièrement les deux partages en ce qui concerne les soultes. Il n'y a d'exception possible que lorsqu'un préciput a été stipulé, ce qui n'est pas l'hypothèse. Sans doute, l'enfant avantagé reçoit directement de l'ascendant l'excédent de sa part virile, mais il reçoit exactement au même titre cette part virile elle-même. On doit faire abstraction de la manière dont sont faites les attributions, des formes de la donation, pour ne considérer que le résultat et la composition finale des lots. Si cette composition révèle une inégale répartition des biens, le copartageant avantagé est censé avoir acquis le surplus de son lot des autres donataires et doit en conséquence le droit de soulte. Dans l'espèce rapportée plus haut, on ne peut scinder les attributions faites à l'enfant débiteur ; ces attributions sont toutes semblables, soumises aux mêmes règles pour le rapport, le dessaisissement, la nature des

biens, sont toutes faites à titre de partage anticipé et nullement à titre de donation ordinaire. Le partage faisant ressortir un excédent dans le lot d'un enfant, excédent qui a pour cause la réserve faite par le donateur de disposer d'une certaine somme sur ce lot, il y avait soulte, et le droit était exigible. Au moment même du partage, il y avait, d'ailleurs, inégalité entre les enfants, et bien que cette inégalité fût soumise à une condition résolutoire par suite de la réserve faite par l'ascendant, elle suffisait à elle seule pour motiver la perception du droit de soulte.

Réserve de disposer de l'excédent d'un lot. — De l'hypothèse précédente il faut avoir soin de distinguer la suivante qui, quoique voisine en apparence, en diffère cependant beaucoup en droit. Au lieu de se réserver la faculté de disposer d'une certaine somme à payer par l'attribution du lot supérieur aux autres, le donateur peut se réserver la faculté de disposer des biens eux-mêmes composant cet excédent, par exemple de les vendre pour acquitter une dette. Il n'y a pas lieu au droit de soulte. Sur cet excédent, il n'y a même pas lieu au droit de donation. En effet, la réserve portant sur la chose donnée elle-même, il n'y a pas dessaisissement actuel pour cette chose. La règle « donner et retenir ne vaut » se trouve violée, et la mutation n'a pu avoir lieu de l'ascendant au prétendu donataire. Le partage anticipé étant irrégulier en ce qui concerne les biens grevés d'une réserve, ces biens ne peuvent donner ouverture au droit de soulte.

Constatation des soultes pour les biens incorporels. — L'existence d'une soulte dans un partage, peut être moins apparente que dans les hypothèses déjà passées en revue.

Je vais examiner diverses situations assez fréquentes en pratique, dans lesquelles il importe de distinguer s'il y a ou non soulte et de déterminer l'importance de la soulte. Ces situations sont celles où les lots ne se composent pas seulement de biens corporels en pleine propriété dont la valeur est en général facile à connaître, mais comprennent en outre des droits incorporels, éventuels ou non, comme des usufruits, des rentes viagères, ou sont grevés de droits analogues, ce qui ne permet pas toujours d'apprécier de suite si l'égalité a été respectée.

Exonération du service militaire. — On peut tout d'abord mentionner au point de vue historique, une clause assez usuelle autrefois, celle par laquelle les ascendants stipulaient que, dans le cas où l'un des descendants copartageants serait appelé au service militaire, les autres contribueraient par parts viriles à son exonération. L'obligation contractée ainsi par les donataires de payer l'exonération de l'un d'entre eux fait présumer que leurs lots sont supérieurs à celui de ce dernier, et le droit de soulte est donc dû. Sur quoi le calculer? Ce n'est pas la somme destinée à l'exonération qui constitue la soulte. Car cette somme n'est pas encore connue; elle ne sera payée que plus tard, peut-être même jamais. D'ailleurs c'est le partage dans sa consistance actuelle qui sert de base à l'enregistrement. L'administration doit percevoir sur les inégalités actuelles, sans se préoccuper des éventualités de l'avenir. Si les parties n'ont pas dans l'acte indiqué quelle était la valeur actuelle de la soulte, la Régie pourra leur demander de la fixer par une déclaration en exécution de l'article 16 de la loi de frimaire. Cette valeur pourra d'ailleurs être considérée comme égale pratiquement à la somme qu'il y aurait lieu de

payer de suite à une compagnie d'assurance ou à une cantine pour obtenir l'exonération. La Régie pourra apprécier par ce moyen si la déclaration faite par les parties est exacte. Aujourd'hui l'exonération a disparu, mais une question analogue pourrait se poser, quoique avec moins d'importance pratique, pour l'engagement conditionnel d'un an.

Lots comprenant des biens en nue-propriété. — Il arrive souvent que certains lots comprennent en tout ou en partie de la nue-propriété. Cela rend leur comparaison avec les autres lots difficile. Mais il faut en tous cas se garder d'apprécier la nue-propriété d'après sa valeur en toute propriété en supposant l'usufruit éteint. C'est au moment du partage qu'il faut se placer pour vérifier si l'égalité a été respecté, ce qu'il faut toujours présumer. Il importe peu que cette égalité soit rompue plus tard lorsque l'usufruit se sera joint à la nue-propriété. Il est possible que cette inégalité ultérieure entraîne la rescision pour lésion du partage, car on admet généralement que c'est au décès de l'ascendant qu'il faut se placer en droit civil pour comparer entre eux les lots, car c'est à ce moment seulement que s'ouvre l'action en rescision. Mais la Régie ne peut et ne doit percevoir que sur les actes tels qu'on les lui présente et d'après leur teneur actuelle. L'augmentation ou la diminution des biens donnés tiennent à des causes multiples indépendantes de la volonté des parties et ne peuvent bien entendu modifier les droits primitivement perçus, pas plus qu'elles ne peuvent être prises en considération pour la perception lors de la présentation du partage à la formalité, car on tomberait aussitôt dans l'arbitraire le plus pur. On devra donc calculer la valeur des lots en nue-propriété, non pas en les

considérant comme une pleine propriété, mais en tenant compte de la valeur du droit à l'usufruit ultérieur d'après les circonstances de fait et notamment l'âge de l'usufruitier. Les tarifs des compagnies d'assurance où les tables de mortalité pourront servir de guides à cet égard, sans cependant s'imposer d'une manière absolue, soit à la Régie, soit aux parties.

Usufruit ou rente viagère à la charge de certains lots seulement. — L'ascendant se réserve souvent l'usufruit de certains lots en tout ou en partie, les lots étant d'ailleurs égaux en pleine propriété. Cette charge d'usufruit imposée à quelques enfants seulement détruit évidemment l'égalité qui doit être rétablie au moyen d'une soulte. Le droit de soulte est exigible alors, que la soulte soit exprimée ou non. La soulte consistera le plus souvent en une somme d'argent payée aux attributaires des lots grevés ou en leur acquit. Elle peut aussi consister en une rente annuelle représentant la quote-part approximative des autres copartageants dans le revenu produit par l'usufruit réservé. Cette soulte est le prix de l'excédent de valeur des lots de ces autres copartageants. En matière de partage ordinaire les tribunaux ont souvent exigé le droit de soulte dans des hypothèses analogues (Cass. 21 juillet 1851, Sir. 51, 1, 617). Malgré l'autorité de ces décisions, on les a critiquées en ce qui concerne le partage d'ascendants, parce que, dans ce partage, on doit se reporter au jour du décès pour vérifier l'égalité des lots, et qu'alors l'usufruit a pris fin. Mais cette règle n'est vraie qu'en droit civil. Comme le déclare M. Garnier (*Rép. gén.* 12621), les droits d'enregistrement se perçoivent sur les actes d'après leurs effets actuels et sans égard aux éventualités dont ils peuvent

être atteints. Or, au jour du partage anticipé, il y a une inégalité réelle compensée par une somme d'argent, c'est-à-dire une plus-value à laquelle correspond une soulte. Il importe peu que le rétablissement de l'égalité soit possible au moment du décès : le droit à percevoir se liquide aujourd'hui et non pas à cette époque, et la loi de 1850 dispose d'une manière aussi générale que possible que cette perception est soumise à toutes les règles des partages ordinaires. Que la somme payée à l'enfant grevé constitue une soulte véritable, c'est-à-dire le prix d'une cession de biens faite aux autres enfants, c'est ce que démontre fort bien la *Revue du notariat* (2716) : « Lorsque dans un partage d'ascendants, il a été stipulé que l'un des copartageants privé de l'usufruit des biens compris dans son lot, recevra des autres copartageants une rente annuelle jusqu'à l'extinction de l'usufruit, cette stipulation constitue une soulte. En effet la rente a pour objet et pour effet de réparer l'inégalité résultant de ce que l'un des copartageants n'a pas immédiatement la jouissance de son lot, et il est de règle que toute somme payée, soit à un copartageant, soit à un tiers en l'acquit de ce copartageant pour rétablir l'égalité des lots, est assujettie au droit de soulte. »

Rente viagère compensant un usufruit. — Une hypothèse voisine de la précédente, mais comportant une tout autre solution, est celle d'un partage comprenant des lots égaux en toute propriété, mais grevés au profit de l'ascendant, les uns d'un usufruit, les autres d'une rente viagère de même importance. La rente viagère n'est pas ici une soulte destinée à compenser l'usufruit. On ne peut pas dire qu'elle est payée au donateur en l'acquit des enfants grevés d'usufruit. En effet la rente de l'un des en-

fants est l'équivalent de l'usufruit de l'autre, tandis que dans le premier cas l'usufruit était supérieur à la rente de la quote-part dans cet usufruit de l'enfant qui en était grevé. Tous les lots sont ici égaux en actif brut et en passif, ce qui laisse à tous le même bénéfice. Le père a imposé comme charge totale à ses enfants une rente viagère et un usufruit. Au lieu de leur faire supporter à chacun une fraction égale de chaque nature de charges, il a fait supporter aux uns la rente viagère et aux autres l'usufruit, ce qui était pleinement son droit. Mais il s'est arrangé, pour que chacun contribuât toujours, dans l'ensemble de la répartition de ces charges, à une portion égale, portion correspondante à ses droits dans l'actif, ce qui excluait toute espèce de soulte. Aucun des donataires en réalité ne paie rien soit à l'autre soit à sa décharge; le droit de soulte ne peut donc être exigé. Cette conséquence devient encore plus évidente, si l'on considère qu'au point de vue de la loi de l'impôt, le donataire qui reçoit un lot dont le donateur se réserve l'usufruit est traité de la même manière, que celui à qui des immeubles sont attribués en pleine propriété, c'est-à-dire, acquitte, lors de l'enregistrement de la donation, le droit de mutation sur la valeur entière de la propriété sans déduction de celle de l'usufruit, et se libère ainsi par anticipation du droit de réunion de l'usufruit à la propriété. En d'autres termes, la propriété du lot grevé d'usufruit est, aux yeux de la loi fiscale, transmise immédiatement au donataire, et l'usufruit réservé constitue, dans ce cas, une véritable charge.

Dans certaines circonstances, on peut être tenté de croire à l'existence d'une soulte, alors qu'il n'en existe réellement aucune, ou que celle qui existe est inférieure à ce qu'elle paraît être en premier abord. Cela peut se

produire en particulier par suite d'une inégale répartition en nature des charges imposées par l'ascendant comme dans les exemples précédents. Du moment où le montant de la charge est identique pour tous, il n'y a pas soulte. Ainsi, un père peut, en imposant à l'un de ses enfants attributaire de tous ses biens l'obligation de payer aux autres enfants une somme représentant leur quote-part dans ces biens, somme payable à terme avec intérêts, stipuler que ce même enfant le logera et l'entretiendra et que cette charge se compensera avec les intérêts dûs pour la soulte. Le droit de soulte n'est dû que sur la somme payable en capital aux autres enfants, sans tenir compte de la charge d'entretenir l'ascendant et de la dispense d'intérêts. En effet, les choses se passent comme si l'ascendant avait imposé pour charge à ses enfants de le loger, de l'entretenir et de lui payer une somme équivalente aux intérêts de la soulte due par l'enfant attributaire de tout, puis, ait réparti cette charge entre ce dernier enfant pour l'obligation de l'entretien et les autres pour le paiement de la rente annuelle. L'enfant attributaire du tout est constitué délégataire de la rente qui ne représente pas pour lui le prix de l'excédent de son lot, puisque cet excédent est déjà l'objet d'une soulte spéciale, et il se borne ensuite à compenser la rente avec les intérêts qu'il doit. Il faut remarquer d'ailleurs que la circonstance que la somme à payer par l'enfant avantagé est payable à terme et, en particulier, au décès de l'ascendant ne peut exercer aucune influence sur son caractère. C'est toujours une soulte, car elle sert à compenser une inégalité dans les attributions et les principes du rapport sont sans aucune application, puisque le donataire grevé de la somme conservera toujours l'excédent d'attributions qu'il a reçu. Tout au plus pourrait-on

observer que si la somme à payer n'est pas productive d'intérêts, sa valeur actuelle n'est pas égale à son montant nominal, il est à présumer que l'inégalité réelle des lots au moment du partage, inégalité qui sert de base à l'impôt, ne devrait pas être mesurée par le chiffre de la somme due, mais lui serait inférieure d'une certaine quantité à déterminer d'après les circonstances. Les parties seraient, semble-t-il, en droit de déclarer quelle est pour eux la valeur actuelle de la soulte stipulée, et le droit serait perçu sur cette valeur et non sur le chiffre nominal de la soulte. La question ne paraît pas, d'ailleurs, avoir été soulevée dans la pratique.

Le rapport ne constitue pas une soulte. — On ne devrait pas non plus considérer comme une soulte une somme qui est cependant payée par l'un des donataires aux autres, si cette somme ne représente pas le prix d'une cession d'un lot à l'autre. Ainsi, un des enfants peut avoir reçu avant le partage un immeuble, ou une somme d'argent excédant la quotité disponible. Lors du partage, il rapporte à la masse, conformément à l'article 866 Civ., une somme égale à ce dont sa libéralité antérieure excède la quotité disponible, et cette somme peut être attribuée à un autre copartageant. Il n'y a pas là une soulte passible du droit proportionnel, car le rapport à la masse n'est que l'accomplissement d'une obligation légale à laquelle le donataire peut se soustraire.

Il importe de remarquer, lorsque la soulte consiste en une rente, que le capital de celle-ci ne peut pas être fixé par la Régie arbitrairement en multipliant le chiffre de la rente par dix ou par vingt, selon qu'il s'agit d'une rente perpétuelle ou viagère. En effet, ce mode de calcul de la

rente peut aboutir à des résultats contraires à la réalité, car il est fondé sur de simples présomptions légales. Aussi, ne doit-on pas l'étendre aux cas non spécifiés par la loi qui ne prescrit de l'employer que pour les rentes constituées à titre gratuit. Il s'agit ici d'une mutation à titre onéreux, puisque la soulte que représente la rente est le prix de la cession faite par un lot à l'autre. C'est la valeur réelle de la rente qui doit servir de base à la perception, et si cette valeur n'est pas indiquée dans le partage, l'administration est fondée à réclamer une déclaration aux parties, conformément à l'article 16 de la loi du 22 frimaire an VII, sauf à elle de contrôler cette déclaration si elle lui paraît inexacte.

Différences entre le partage d'ascendants et le partage ordinaire. — Si la loi de 1850 assimile le partage d'ascendants au partage ordinaire en ce qui concerne les soultes, cette assimilation n'est pas et ne peut pas être absolument complète. Il y a, entre les deux situations, des différences qui tiennent à la nature propre du partage d'ascendants et qui sont relatives en particulier aux valeurs fictives comprises dans le partage et aux donations faites par préciput à certains enfants.

Valeurs fictives. — Dans le partage ordinaire, on ne doit tenir compte, pour les soultes, que des biens et valeurs de la propriété desquels il est justifié. Si donc on comprend dans la masse à partager des deniers comptants, ou des valeurs en portefeuille sans autre indication, et que rien ne prouve à l'administration que ces deniers ou valeurs sont réellement indivis entre les copartageants, l'administration est en droit de les considérer comme des valeurs fictives qui n'ont été introdui-

tes dans la masse que pour dissimuler une soulte. Celui qui les reçoit dans son lot reçoit, en réalité, une somme qui est payée par ses copartageants pour compenser l'inégalité de son lot, et ne reçoit pas une véritable valeur indivise. Le droit de soulte est donc exigible si, abstraction faite des valeurs fictives, les lots formés ne sont pas équivalents aux droits des parties.

Dans le partage anticipé, au contraire, la présence dans la masse de sommes d'argent ou de valeurs en portefeuille n'est pas suspecte, car comme ces valeurs sont données par l'ascendant, le fait même de la donation justifie de la propriété des donataires. Il n'y a pas ici copropriété antérieure au partage. On ne partage que les biens donnés, et inversement tous les biens donnés peuvent être partagés. Le père qui ouvre fictivement sa succession n'est pas tenu d'indiquer la provenance de ses biens. Ce n'est pas lui qui est obligé de prouver ses droits de propriété, ce sont les enfants, seuls copartageants, et ils font cette preuve précisément au moyen de la donation. Pour qu'on puisse admettre qu'il y a fraude, il faudrait des faits très précis, ce qui sera évidemment très rare, la donation devant être présumée sincère, et le droit de mutation entre vifs à titre gratuit étant d'ailleurs perçu sur tous les biens donnés sans exception, ce qui enlève à l'administration la possibilité de soutenir que la somme vient directement des enfants. C'est ce qui a été reconnu par l'administration elle-même.

Le partage d'ascendants, déclare-t-elle (Délib., 4 avril 1851), sans stipulation de soulte, par la donation qu'il contient, établit la consistance des biens. Les donataires ou copartageants ne déclarent pas qu'ils sont copropriétaires d'une somme dont l'existence n'est point justifiée, l'acte contient donation expresse tant de cette somme

que des immeubles abandonnés par les ascendants, et l'on ne peut prétendre qu'il n'y a pas eu réellement donation ou transmission de cette somme. L'administration n'a pas à contester l'existence d'une somme que l'on déclare transmettre par le contrat. Quelle autre justification pourraient faire les parties pour établir que la somme a été réellement donnée par les ascendants? Aucune. On fait constater la donation, on paie pour cette donation les droits applicables aux transmissions de même nature, et aucun fait, aucune stipulation ne viennent contredire, à cet égard, les conventions des parties.

Donations par préciput. J 1 e seconde différence concerne les donations par préciput. Dans un partage ordinaire, l'intervention d'un enfant donataire par préciput n'empêche pas la perception du droit de soulte, si cet enfant reçoit plus qu'il ne lui revient, ou ne supporte pas les charges proportionnellement à ses droits dans l'actif. Il n'en est pas absolument de même dans le partage d'ascendants. Tout ce qui a été précédemment dit sur la répartition égale des dettes, les réserves d'usufruit ou de rente viagère, la composition des lots cesse, sinon d'être vrai, au moins d'avoir la même portée lorsqu'on se trouve en présence d'un enfant donataire par préciput.

L'ascendant peut donner plus à certains enfants qu'à d'autres, pourvu qu'il respecte les limites de la quotité disponible. Ce que l'enfant avantagé reçoit ainsi par préciput, il le tient de la pure libéralité de son auteur, et nullement d'une disposition directe de la loi. L'ascendant est libre de mettre à sa libéralité les conditions qu'il veut, de la grever de certaines charges spéciales, tant qu'elle n'est pas entièrement absorbée par ces charges, auquel cas elle cesserait d'être une libéralité, et pourrait

même éventuellement constituer une donation en sens inverse. Ces conditions ou ces charges ne constituent pas des soultes, car le précipitaire ne reçoit pas les biens qui forment son préciput de ses copartageants ; il les tient directement de l'ascendant avec leur consistance active et passive. Lorsque cet enfant prend part au partage, c'est comme successeur et comme précipitaire, mais avec ces deux qualités il reste toujours héritier présomptif ; son titre a seulement été amplifié par l'ascendant, et les biens qu'il reçoit, lui adviennent en vertu de ce titre, et non pas suite d'une cession que lui ont consentie ses cohéritiers. La donation par préciput est indépendante du partage, auquel elle se trouve simplement superposée. Elle subsiste malgré l'annulation du partage. Aussi les charges qui la grèvent sont-elles exemptes de tout droit spécial. Elles ne sont pas atteintes par la loi de 1850 qui ne vise que les attributions faites à titre de partage. Pourvu que l'égalité soit observée en ce qui concerne les biens donnés sans clause de préciput et partagés entre les enfants, ainsi qu'à l'égard des charges qui grèvent ces biens, il n'y a pas lieu au droit de soulte, car ce n'est que sur le partage proprement dit que peut être assis ce droit. Les biens formant le préciput peuvent n'être grevés d'aucune charge spéciale et arriver absolument nets au donataire. Ils peuvent aussi avoir à supporter des charges proportionnelles ou non à leur importance. Quoique l'ascendant ne soit pas obligé de répartir proportionnellement ce qui constitue le passif de sa donation entre le préciput d'une part, et la masse commune à partager d'autre part, il est naturel et équitable qu'il ne s'écarte pas beaucoup d'une semblable répartition. « Si je reçois les deux cinquièmes de la succession, dit M. Garnier (*Rép. Gén.*, 12618), il est naturel qu'en l'absence de toute disposition contraire,

j'acquitte aussi les deux cinquièmes des dettes. Cette inégalité ne prouve pas que mes cohéritiers m'aient abandonné quoique ce soit de leur propriété indivise à la condition de payer à leur décharge une partie du passif. Elle est, au contraire, la conséquence naturelle des divisions opérées dans l'actif ; et puisque ces divisions ne sont elles-mêmes que le résultat normal d'un partage légal, il est clair que les stipulations correspondantes du passif ne sauraient davantage motiver la perception d'un droit proportionnel. »

La doctrine précédente a été admise d'une façon à peu près générale par l'administration et les tribunaux, qui ont repoussé le droit de soulte dès que l'inégalité d'attributions ou de répartition du passif était motivée par une donation préciputaire.

Peu importe que le préciputaire soit tenu de payer aux autres copartageants des sommes d'argent, ces sommes ne sont pas des soultes, mais constituent de simples charges de la libéralité faite par préciput et se trouvent couvertes par le droit perçu sur celle-ci. Enfin, n'est pas non plus une soulte l'obligation imposée à un enfant donataire de la quotité disponible à raison de cette donation même, de loger l'ascendant et de payer ses dettes, ces charges se trouvant en fait inférieures à l'importance du préciput reçu par l'enfant.

L'exemption du droit de soulte pour les donations préciputaires suppose essentiellement que ces donations sont sérieuses et n'ont pas simplement pour but de dissimuler une soulte. Si le donateur avait fait des donations par préciput à ses enfants, non pour avantager certains d'entre eux, mais uniquement pour couvrir une inégalité d'attributions ou de répartition des charges, il y aurait là une fraude. Cette fraude ne pourrait pas, bien entendu,

être présumée, mais la Régie aurait le droit d'en faire la preuve et de réclamer le droit de soulte.

D'ailleurs, l'existence d'un préciput même sincère ne dispense pas toujours de la perception du droit proportionnel. Sans doute il n'y a pas soulte, lorsque le préciputaire reçoit des attributions plus fortes que celles de ses copartageants, puisque le préciput a eu pour effet d'augmenter ses droits, mais il en serait autrement si c'était un copartageant qui eût reçu plus qu'il ne lui revenait, et eût été obligé de verser une somme au préciputaire pour parfaire ses droits, ou de supporter une part plus forte de passif. La somme payée est en effet le prix de l'excédent du lot du copartageant, excédent qui lui est cédé par le préciputaire. Celui-ci doit donc être apporcionné en biens donnés pour la totalité, et ce qu'il reçoit en argent ou en diminution de charges constitue une soulte.

Soulte non exprimée. — Les lots d'un partage peuvent être inégaux, sans qu'aucune stipulation de soulte vienne réparer cette inégalité. Le plus souvent les parties auront eu pour intention de dissimuler une soulte véritable payée comptant, ou résultant d'une contre-lettre, afin d'éviter la perception du droit, mais il se peut aussi qu'elles aient été de bonne foi. Elles peuvent même s'imaginer avoir respecté l'égalité, alors qu'il n'en est rien, l'estimation donnée aux divers biens partagés n'étant pas conforme à la réalité. En matière de partage ordinaire, il résulte de décisions nombreuses que l'administration n'est pas liée par les termes de l'acte ou les déclarations qu'il contient. Si l'égalité est ouvertement violée, la fraude est presque certaine. Si, d'ailleurs, il suffisait aux parties, pour éviter la perception du droit de soulte, de s'abstenir de mentionner une soulte qui existe réellement,

il est clair qu'une pareille mention serait toujours absente, et que les clauses de la loi concernant les soultes resteraient à l'état de lettre morte. Mais la fraude peut toujours être prouvée par l'administration. En outre, en l'absence même de fraude, la Régie peut exiger le droit de soulte sur la plus-value qui existe entre les lots. En effet, l'égalité est de l'essence du partage. Si elle n'est pas respectée, la plus-value de l'un des lots sur les autres ne peut provenir que d'une libéralité faite à l'attributaire de la plus-value et les libéralités ne se présument pas, ou d'une cession à titre onéreux qui donne précisément ouverture au droit de soulte. L'administration a le droit de prouver l'existence de cette cession, seulement les moyens dont elle dispose ne sont pas toujours identiques et dépendent de la nature des biens cédés. Pour les immeubles et les fonds de commerce, elle peut employer l'expertise, afin de prouver que l'un des lots l'emporte sur les autres, et que la valeur donnée par les parties à ces immeubles ou aux fonds de commerce est insuffisante. La voie de l'expertise est en effet ouverte dès qu'il y a mutation immobilière, ce qui est précisément le cas, la loi de l'enregistrement se refusant à attribuer le caractère déclaratif aux soultes et plus-values, comme le fait la loi civile. Au contraire, pour les biens meubles en général, la régie ne pourra, en règle générale, faire la preuve d'une insuffisance d'évaluation qu'au moyen des actes et des faits régulièrement parvenus à sa connaissance, c'est-à-dire en comparant entre elles les stipulations de plusieurs contrats, en se servant des cours de Bourse, en faisant apparaître une inégalité dissimulée par certaines clauses du partage, ou encore en invoquant simplement une plus-value qui résulte des termes mêmes du partage, et qui aurait dû donner lieu à une soulte. Le droit de

l'administration a été consacré par des arrêts de la Cour de Cassation du 8 février 1813 et du 20 mai 1863. En Belgique, il en a été de même, comme le prouve un jugement du tribunal de Bruxelles du 14 août 1865.

Avant la loi de 1850, il ne pouvait être question d'appliquer cette jurisprudence au partage d'ascendants, car les soultes n'y donnaient ouverture à aucun droit proportionnel. Mais depuis 1850, il y a lieu d'assimiler sur ce point les deux espèces de partage. On l'a cependant contesté en s'appuyant sur ce qu'en l'absence d'une stipulation formelle de soulte, il y a simple plus-value au profit de certains lots et que la loi de 1850 n'a permis d'imposer que les soultes, et non les plus-values. Cela n'est nullement exact. Le mot soulte employé par loi de 1850 n'est pas exclusif. D'ailleurs la plus-value n'est atteinte par le droit proportionnel que parce qu'elle présuppose l'existence d'une soulte, que celle-ci soit dissimulée, ou qu'elle soit simplement omise. Permettre d'atteindre les soultes, c'est permettre forcément de rechercher et de frapper les plus-values, car ce n'est que comme représentant une soulte qu'elles sont soumises à l'impôt. En matière de partage ordinaire la plus-value est en conséquence entièrement assimilée à la soulte. Les règles de la soulte étant devenues applicables au partage anticipé, celles de la plus-value lui sont également devenues applicables, car ce sont les mêmes règles. On ne pouvait admettre les premières en écartant les secondes. Le législateur de 1850 n'a pu avoir une telle intention qui eût abouti à rendre son œuvre absolument vaine, puisque, s'il eût suffi de pas mentionner de soulte dans un partage pour échapper au droit qui venait d'être établi, les parties ne seraient contentées de simples plus-values sans stipulation apparente de soulte. Il y eût eu

là une véritable prime à la fraude. Comme le remarque de plus M. Garnier (*Rép. Gén.* 12625). « Quand le législateur fait percevoir le droit de droit de soulte c'est la transmission de l'immeuble et non pas de la somme payée par le copartageant qu'il veut atteindre. Il suffit, par conséquent, à l'exigibilité rationnelle du droit que cette transmission immobilière soit établie, et elle le sera légalement si le Trésor prouve qu'un des enfants a reçu un excédent d'attributions. L'existence d'une soulte est sans existence réelle, puisque c'est le partage de l'immeuble d'une tête sur l'autre qui constituent la matière imposable. » Aussi l'administration n'a-t-elle pas hésité à affirmer son droit de rechercher et d'atteindre les soultes non exprimées au besoin par l'expertise lorsqu'il s'agit d'immeubles. Elle n'a besoin du reste ni de prouver, ni d'alléguer la fraude, et il importe peu que les circonstances particulières de l'affaire soient de nature à faire penser qu'aucune fraude n'a été commise par les parties.

Expertise en matière de partage d'ascendants. — La soulte représentant le prix d'une cession à titre onéreux correspond à la valeur vénale des biens transmis. C'est donc sur cette valeur vénale qu'il faut se baser pour vérifier si l'un des lots présente un excédent. On ne pourrait, pour prouver cet excédent, se contenter de constater l'existence d'une inégalité dans les revenus des biens compris dans chaque lot. Une pareille inégalité peut, sans doute, faire supposer qu'une soulte a été dissimulée, mais ne constitue pas une preuve de la dissimulation. Si les parties contestent qu'il y ait plus-value, celle-ci ne pourra être prouvée qu'en recourant à une expertise. Il reste à étudier les règles de cette expertise,

auxquelles je joindrai pour éviter des répétitions celles de l'expertise qui peut être nécessaire pour la perception du droit de donation sur les immeubles démis.

Un partage d'ascendants, d'après ce qui a été dit plus haut, peut donner lieu à une double expertise en ce qui concerne les immeubles et les fonds de commerce qu'il peut comprendre. L'une, a pour objet de vérifier si la valeur sur laquelle a été perçu le droit de donation n'est pas inférieure à ce qu'elle devrait être, et, comme cette valeur a pour base le revenu des immeubles, c'est ce revenu qui doit être expertisé. L'autre, qui sert à constater l'insuffisance d'une soulte, ou l'existence d'une plus-value, porte sur la valeur vénale des biens donnés, car c'est d'après cette valeur que se liquide le droit proportionnel. Les règles de ces expertises ne sont pas toujours les mêmes.

En principe, l'expertise a lieu d'après les règles spéciales prescrites en matière d'enregistrement et non pas d'après les formes du droit commun. La loi de 1850 n'a pas innové en cette matière, et en renvoyant aux règles sur les soultes, elle a renvoyé par là même aux règles de procédure déjà existantes pour constater ces soultes (Kuss., *Manuel complet des Surnuméraires*, Paris, 1884, I, 199).

Le délai pour demander l'expertise est d'un an pour les soultes, d'après l'article 17 de la loi de frimaire, et de deux ans pour le revenu, d'après l'article 61 de la même loi, car il s'agit alors d'une mutation à titre gratuit. L'expertise n'est même possible pour le droit de donation que s'il n'y a pas de baux courants ou d'autres actes fixant le revenu du fonds. Le délai se compte du jour de l'enregistrement de l'acte exclusivement.

Lorsque l'expertise fait constater une insuffisance dans

le revenu déclaré, il y a lieu à la perception du droit simple à raison de cette insuffisance et, en outre, du droit en sus à titre d'amende, quel que soit le montant de l'insuffisance, et indépendamment, d'ailleurs, de la bonne foi des parties qui supportent tous les frais. S'il y a lieu, on devra encore payer le droit de transcription, mais sans droit en sus. Au contraire, pour la soulte, lorsqu'il y a insuffisance, le droit simple est toujours exigible sur cette insuffisance. Mais le droit en sus n'est pas dû et, en outre, les frais de l'expertise restent à la charge de l'administration lorsque l'insuffisance de la soulte est inférieure au huitième du prix énoncé d'après l'article 18 de la loi de frimaire et l'article 5 de la loi de ventôse an IX. On n'a pas non plus à se préoccuper de la sincérité du contrat, pour le droit en sus, ainsi que cela a été reconnu par des arrêts de Cassation des 7 mars 1808, 2 octobre 1810 et 23 décembre 1817. Il semble qu'ici le prix exprimé soit la soulte quand il y en a une, car c'est l'excédent d'attributions d'un lot seulement qui donne lieu à une cession fictive, non l'ensemble du lot, et encore moins la totalité des biens partagés, et la soulte représente précisément le prix auquel est consentie la prétendue cession. Si donc l'insuffisance est supérieure au huitième de la soulte, le droit en sus sera exigible; d'où il résulte que quand il y a simple plus-value sans soulte stipulée, les parties devront toujours le droit en sus et les frais de l'expertise. Cette doctrine est certainement rigoureuse, bien qu'elle paraisse conforme au sens littéral des textes qui ne visaient guère que la vente et auraient sans doute élargi un peu la limite de tolérance si les conséquences de leur application au partage avaient été prévues. L'administration n'a pas voulu interpréter aussi étroitement la loi. Elle a déclaré que le

prix énoncé dont parle la loi de frimaire devait, en matière de partage, s'entendre de tous les biens partagés et de leur valeur déclarée en l'acte. Cela a l'avantage de supprimer, en cas de plus-value simple, l'obligation de condamner toujours au paiement du droit en sus, mais on ne peut s'empêcher cependant de trouver un peu hardie la doctrine de l'administration, qui s'écarte trop du texte positif. C'est, en réalité, une véritable faveur justifiée plutôt en fait qu'en droit par la difficulté qu'éprouvent souvent les copartageants à déterminer la valeur de leurs lots.

Comme entre différence entre l'expertise en cas de soulte et l'expertise du revenu, il faut remarquer que, pour la seconde, les parties ont le droit de faire des offres qui comprennent les droits à payer et les frais déjà faits. La Régie n'est pas tenue d'accepter ces offres, mais si elle les refuse et qu'elles soient reconnues suffisantes par les experts, tous les frais postérieures sont à sa charge.

Lorsqu'il s'agit d'une insuffisance de soulte au contraire, une offre simple ne suffit pas. Il est nécessaire de faire un acte rectificatif du partage, acte augmentant la soulte ou l'établissant s'il n'en avait pas été stipulé une; en même temps les parties offrent les frais et le droit en sus si l'insuffisance reconnue est de plus d'un huitième. Sans ces formalités l'offre faite ne serait pas valable.

L'expertise n'est pas le seul moyen dont dispose l'administration pour prouver l'insuffisance d'une soulte ou l'existence d'une plus-value. Elle peut notamment se servir pour atteindre ce but d'actes qui sont régulièrement parvenus à sa connaissance. Ainsi, on a décidé qu'une soulte pouvait résulter du rapprochement de deux actes qui avaient été appelés l'un donation, et l'autre partage,

et qui, constituant ensemble un véritable partage d'ascendants, n'avaient été séparés que pour chercher à dissimuler la véritable intention des parties. Cette solution a été consacrée par un arrêt de la Cour de Cassation du 24 décembre 1856.

Soulte complémentaire. — Souvent les parties n'attendent pas la réclamation de la régie pour reconnaître l'existence ou l'insuffisance d'une soulte. Leurs intérêts personnels peuvent en effet se trouver lésés si l'un d'entre eux a reçu plus qu'il ne lui revenait et n'a rien payé en échange ou n'a payé qu'une somme trop faible. Au décès de l'ascendant le partage est exposé alors à une action en rescision. L'enfant attaqué peut vouloir le maintien du partage; il a alors le droit d'offrir aux autres le complément de leur part, comme on l'a vu. Ce complément est une véritable soulte, à moins que la somme payée ne soit le prix d'une simple transaction et de la renonciation à une action plus ou moins éventuelle, auquel cas le droit de quittance est seul exigible. Ici cette somme représente le prix de l'excès de valeur d'un lot sur un autre; s'il y a des immeubles, elle donne alors ouverture au droit de quatre pour cent; le droit en sus ne semble d'ailleurs pas exigible, car c'était à l'administration de constater s'il y avait insuffisance et de réclamer les droits en conséquence. En tout cas, on ne pourrait exiger le droit de vente à 5 fr. 50 c. pour cent, car la somme payée n'est pas le prix d'une nouvelle transmission, mais représente simplement une soulte qui aurait dû être acquittée lors du partage. Il y a simplement consolidation du premier acte, consolidation rendue nécessaire par une mutation préexistante.

Il reste à examiner au point de vue du droit de soulte une dernière question, celle des biens étrangers.

Biens étrangers. — Un partage peut ne pas contenir de soulte apparente, ni même de soulte réelle et cependant donner ouverture au droit de soulte. Cela tient à la présence dans la masse à partager d'immeubles étrangers. L'administration n'est pas à même de vérifier l'existence de ces immeubles, ni, en admettant cette existence, de s'assurer si la valeur qui leur a été donnée est conforme à la réalité. Elle n'a pas le droit, en effet, de provoquer une expertise, son action ne s'étendant pas hors du territoire et manque ainsi de tout moyen de contrôle. Sa situation, vis-à-vis de ces biens est la même que vis-à-vis de valeurs en portefeuille. Sans doute, les parties peuvent invoquer des actes, des pièces pour justifier de leurs droits sur ces immeubles. Mais, qui assurera l'administration de la régularité de cette justification? La justification peut n'être qu'apparente eu égard à la propriété; il se peut même que les biens déclarés ne soient plus, n'aient même jamais été en la possession des parties qui ont imaginé leur existence afin de faire disparaître l'inégalité de leurs attributions et d'échapper ainsi à la perception du droit de soulte. L'administration a cherché alors à faire considérer les biens étrangers comme inexistants dans les partages, ou tout au moins comme servant à masquer de véritables soultes. Cette thèse a été vivement contestée à l'origine.

Ce n'est pas ici le lieu de renouveler la discussion et de traiter au long cette question en examinant les arguments qui ont été invoqués pour ou contre, car c'est à l'occasion des partages ordinaires, les seuls en cause avant la loi 1850, que la question a été soulevée et se

trouve aujourd'hui définitivement tranchée. Il suffira de rappeler que la doctrine de l'administration a été admise universellement par la jurisprudence et a été consacrée notamment par neuf arrêts de la Cour de Cassation dont le premier est du 14 novembre 1838, le dernier ayant été rendu le 21 juin 1875 (Sir. 75,1.378). Il serait des lors inutile de chercher à réagir contre cette doctrine et à amener un revirement dans la pratique. Mais il est nécessaire d'examiner quelles conséquences il y a lieu d'en déduire pour le partage anticipé. Ce partage doit, semble-t-il, suivre pour les biens étrangers la même règle que les partages ordinaires, Les biens étrangers devront, sans être déduits de la masse pour apprécier s'il y a ou non soulté. On ne peut les assimiler à des valeurs fictives. Si en effet celles-ci sont écartées du partage ordinaire et au contraire admises dans le partage d'ascendant, c'est que le motif, qui ne permettait pas d'en tenir compte, était le défaut de justification de la propriété des copartageants, motif qui disparaît dans le partage anticipé, celui-ci expliquant les droits des donataires sur les biens en question.

Pour les biens étrangers, c'est la territorialité de la loi de l'impôt qui ne permet pas de les atteindre par un droit proportionnel de mutation. A cette cause il faut ajouter l'impossibilité de connaître leur valeur véritable et même leur existence, et à ce dernier égard le partage anticipé n'offre pas plus de garanties que le partage ordinaire.

PARTAGE TESTAMENTAIRE

Les questions qui ont déjà été examinées à propos du partage entre vifs se retrouvent pour la plupart au sujet du partage testamentaire. Aussi me suffira-t-il le plus souvent de renvoyer à ce que j'ai précédemment dit dans la première partie de ce travail, et je ne donnerai quelque développement qu'aux règles spéciales du partage fait par testament et tenant à sa nature juridique propre. Je m'occuperai d'abord des dispositions générales concernant l'enregistrement du partage, puis j'étudierai ensuite plus particulièrement ce qui est relatif au droit de soulte.

DISPOSITIONS GÉNÉRALES

La faculté de disposer de ses biens par voie testamentaire appartient, sauf exception, à toute personne. Mais aux ascendants seuls est réservé le droit de faire de cette disposition un véritable partage produisant tous les effets du partage, comme la garantie en cas d'éviction, le privilège de chaque copartageant sur les biens des autres copartageants, afin d'assurer leurs recours réciproques ou le paiement des soultes. Si une personne dispose de tous ses biens au profit de personnes déterminées, auxquelles elle fait des attributions toutes divises, ce n'est pas là un partage véritable, même si le testateur a exprimé l'intention de faire un partage. Il

n'y a dans le testament qu'une série de legs ordinaires qui n'ont entre eux d'autre lien que l'acte qui les unit. Aussi, ne peut-il être question ni de soulte, ni de droit gradué, comme l'ont reconnu des solutions de la Régie du 17 janvier 1876 et du 28 juillet 1879.

Forme du partage, son effet au décès. — Le partage est assujéti par l'article 1076 Civ. aux formes des testaments. Il peut être par suite, olographe, authentique ou mystique. Mais c'est toujours un acte testamentaire, par conséquent essentiellement révocable et ne produisant effet qu'au décès de l'ascendant. Il peut d'ailleurs comprendre tous les biens de nature à faire partie de la succession de l'ascendant. Normalement même, c'est cette succession entière qui doit être partagée. Ce ne peut être en outre que cette succession, soit en totalité, soit en partie. C'est là en effet le caractère essentiel du partage testamentaire. A la différence du partage ordinaire qui suppose une mutation *entre-vifs*, une dévolution de la succession du donateur sans doute, mais une dévolution *anticipée*, le partage testamentaire ne produit pas par lui-même de mutation. Il se borne à régler la dévolution d'une succession véritable, mais c'est toujours le *décès* qui est la cause de la mutation. Les mots « partage testamentaire » font allusion uniquement à la forme prescrite par la loi pour ce genre de partage : il ne faudrait pas en conclure que tout partage fait par testament est un partage testamentaire. Il faut de plus pour cela que la mutation que l'acte a pour but de régler ne soit pas immédiate dans l'intention des parties. Autrement l'ad-

ministration serait en droit de considérer le prétendu testament comme une véritable donation-partage, la nullité de l'acte en tant que donation ne lui étant pas opposable, surtout s'il y a eu exécution. Inversement un tribunal aurait le droit de considérer comme un partage testamentaire, une donation entre-vifs qui ne saisirait réellement les donataires qu'au décès de l'ascendant. Cela a été admis par un arrêt de la cour de Cassation du 14 juillet 1807, alors que le donateur s'était réservé l'usufruit des biens donnés et avait stipulé que ses enfants paieraient toutes les dettes qu'il laisserait à son décès, ce qui lui permettait en fait de révoquer sa donation et était incompatible avec le dessaisissement nécessaire pour le partage anticipé ! « Attendu que l'obligation de payer toutes les dettes existant au décès ne peut se concilier avec le caractère d'une donation entre-vifs, et que le tribunal a pu en tirer la conséquence que le père, étant le maître d'atténuer et d'annuler l'effet de l'acte, il n'y avait pas transmission de propriété, ni ouverture au droit proportionnel ».

Enregistrement au décès. — Le partage testamentaire étant un acte testamentaire n'est pas soumis à l'enregistrement immédiat, mais seulement au décès du testateur, époque où il commence à produire ses effets. Jusque-là il n'est pas parfait ; il ne le devient que par la continuation de la volonté de l'ascendant jusqu'à son décès, continuation qui est manifestée par l'absence de toute révocation. Quel est alors le droit exigible, et dans quel délai doit-il être payé ? On

ne peut répondre à cette question qu'au moyen de distinctions.

Au décès, il se produit tout d'abord une mutation, mais cette mutation est simplement réglée par le partage, et nullement causée par lui. Sans partage, cette mutation ne s'en produirait pas moins au profit des enfants en leur qualité d'héritiers présomptifs de l'ascendant. Cette qualité ne leur est pas enlevée par le partage, qui ne transforme pas les enfants en légataires. C'est toujours comme héritiers que les enfants succèdent; il n'y a eu que l'objet de leur droit qui ait changé et s'applique désormais à des biens individuellement déterminés au lieu de consister en parts indivises de co-propriété. Le décès produisant la mutation, le droit exigible sur cette mutation est toujours le droit ordinaire de succession. La loi du 16 juin 1824 est donc sans effet sur le partage testamentaire, car elle ne vise que les mutations entre-vifs. Assimilant ces dernières aux mutations par décès, elle était évidemment inutile pour le partage opéré par testament qui, par lui-même, ne produit pas de mutation, mais se borne à régler une mutation par décès. Celle-ci reste soumise au droit de succession, et comme aucun texte ne déroge en cette matière au droit commun, ce droit est payable dans le délai et de la manière ordinaire, c'est-à-dire dans les six mois du décès en principe, sauf certaines exceptions, et après une déclaration faite par les héritiers. Cette déclaration sera basée sur les attributions du partage en ce qui concerne les lots de chacun, mais la situation à cet égard est la même que s'il était intervenu un partage amiable entre des héritiers avant le paiement des droits de

succession. Le partage n'entraînant pas mutation ne supporte donc pas le droit de succession, mais est simplement soumis aux règles des testaments en ce qui concerne l'enregistrement. C'est par conséquent dans les trois mois de la découverte du testament contenant le partage fait par l'ascendant que la formalité doit être opérée, dans les trois mois du décès le plus ordinairement, lorsque rien ne vient constater la découverte tardive de l'acte le tout, à peine d'un droit en sus. Les formalités ordinaires d'ouverture par le Président du tribunal et de dépôt chez un notaire doivent être remplies, s'il s'agit d'un testament olographe ou mystique. Du vivant de l'ascendant, l'enregistrement ne peut être exigé par l'administration. Il pourrait, il est vrai, avoir lieu sur la demande de l'ascendant, mais il faudrait pour cela une réquisition expresse, car une telle perception est anormale et l'administration a prescrit à ses préposés de ne procéder à la formalité que sur la demande formelle des intéressés. Le testament ne produisant pas d'effets immédiats, pouvant même devenir caduc ou être révoqué, n'est sujet qu'au droit fixe d'enregistrement, non pas sans doute au droit des actes innommés, mais au droit de 7 fr. 50 c. établi pour tous les testaments. Mais il ne pourrait y avoir lieu à la perception ni du droit de soulte, car il n'y a pas de mutation actuelle de propriété d'un lot à l'autre, ni du droit gradué, car le partage est soumis à la condition suspensive du décès du disposant. Le partage étant, comme on le verra ci-après, soumis, une fois la succession ouverte, au droit gradué et éventuellement au droit de soulte, ces droits deviennent exigibles sur le testament déjà enregistré lorsque survient le

décès du testateur. C'est à ce moment d'ailleurs que le testament devenu définitif commence à produire ses effets et constitue un partage parfait. Seulement dans quel délai doit avoir lieu la perception du supplément de droits ? On a prétendu que cette perception n'ayant été suspendue que par suite d'une condition, et un titre précédemment enregistré ayant mis l'administration à même de prévoir la mutation, c'était à elle de prouver la réalisation de la condition et d'exiger les droits, et qu'elle pouvait d'ailleurs agir dès le jour de la réalisation, les parties n'étant pas en faute si elles ne font aucune déclaration à cet égard. Mais cette doctrine ne paraît pas exacte et n'a pas été consacrée par la jurisprudence. Le fait d'avoir présenté le testament à l'enregistrement du vivant de l'ascendant ne peut changer la situation réciproque de l'enregistrement et des parties, ni diminuer les obligations de celles-ci. La loi exige, sous peine d'un droit en sus, que les testaments soient enregistrés dans les trois mois du décès à la réquisition des héritiers et légataires.

Cette exigence n'est pas modifiée parce que l'administration a pu avoir connaissance du testament antérieurement à l'ouverture de la succession, si elle n'était pas alors à même de percevoir les droits exigibles. Aucune distinction n'a été faite à l'égard des obligations des parties, suivant que la formalité avait été requise ou non du vivant du testateur. Le décès ne constitue pas d'ailleurs une condition véritable dont la réalisation prouvée permette à l'administration d'agir. Il se peut, en effet, que le testament, malgré l'événement du décès, reste inefficace, par exemple pour caducité ou en conséquence d'une ré-

vocation. La caducité, la révocation peuvent rester ignorées de l'administration; ce serait alors aux parties d'en prouver l'existence, afin de détruire l'effet apparent donné au testament par le décès. Cette preuve résultera le plus souvent d'un autre testament pour lequel la formalité n'est exigible que dans les trois mois. Mais qui ne voit alors que, si l'administration a le droit d'agir dès la réalisation de la condition, le délai qu'ont les parties pour faire enregistrer le second testament se trouvera supprimé en fait, puisque ce n'est qu'en produisant immédiatement ce testament qu'on réussira à faire échouer la demande en supplément de droits? La condition véritable dont la réalisation entraîne le paiement des droits, ce n'est pas seulement le décès de l'ascendant, c'est ce décès avec l'absence de révocation du testament primitif. Si on conçoit qu'à la rigueur, l'administration pourrait être tenue de faire seule la preuve du décès, il n'en est plus de même lorsqu'à cette preuve se joint celle d'un fait que les parties sont seules en mesure d'établir, qu'elles sont même obligées de déclarer à l'administration dans un délai déterminé, lorsque la révocation, et c'est le cas ordinaire, résulte d'un testament. Il faut donc décider avec l'administration et la jurisprudence que l'enregistrement du testament avant le décès ne dispense nullement les héritiers de déclarer ce décès dans un délai de trois mois, la situation étant à cet égard la même que s'il n'y avait eu aucun enregistrement. Quoique translatif sous certains rapports, le partage n'en reste pas moins toujours un testament, et les parties n'ont pu, en l'absence d'un texte formel, s'exonérer de l'obligation légale de le présenter à la

formalité s'il n'a pas été enregistré, ou de déclarer la mutation quand elle s'est produite et de payer les droits en conséquence dans le cas contraire.

Le délai est d'après l'article 21 de la loi de frimaire de trois mois à partir du décès. Si le testament n'avait été découvert que postérieurement au décès, par exemple au cours d'un inventaire, le délai courrait du jour de la découverte, du moment où les héritiers peuvent prouver qu'ils ne sont pas en faute. Mais, en tous cas, on ne pourrait prétendre que les trois mois ne courent que du jour de l'acceptation par les héritiers du testament, car les droits sont dus indépendamment de cette acceptation.

Retard dans l'enregistrement du partage. — Quelles sont les conséquences d'un retard dans la déclaration de la mutation ? Il ne semble pas qu'il y ait lieu de distinguer, selon que le partage a été ou non enregistré du vivant du testateur. Pour le droit gradué qui remplace, comme on le verra, le droit fixe de testament, le retard entraîne la peine d'un droit en sus, conformément à la règle ordinaire sur la présentation tardive d'un acte à la formalité. En ce qui concerne le droit de soulte, la solution paraît devoir être la même, s'il y a simplement soulte mobilière. S'il s'agit d'une soulte immobilière, il ne faut pas oublier que cette soulte représente le prix d'une mutation immobilière, et que l'article 4 de la loi du 27 ventôse, an IX, oblige les parties à déclarer une pareille mutation dans les trois mois du jour où elle s'est produite, autrement dit du jour du décès, également à peine d'un droit en sus. Quoique la mutation soit ici purement fictive, puisque les

enfants sont saisis directement de la propriété de leurs lots respectifs, comme la loi de 1850, assimile le partage anticipé au partage ordinaire, au point de vue des soultes, cette assimilation est générale et s'étend à tous les effets des soultes ; elle suppose donc l'existence d'une mutation véritable, au point de vue fiscal, et celle-ci doit être déclarée. En outre si le retard, dans la déclaration s'élève à quatre mois, la peine va jusqu'au double droit en sus, comme l'a reconnu un arrêt de la Cour de Cassation du 6 mars 1872 (Sir. 72-1-246).

Droits exigibles. Droit gradué. — Quels sont les droits exigibles sur le partage testamentaire lors de sa présentation à la formalité ? En laissant de côté provisoirement le droit de soulte qui sera étudié séparément, il faut répondre que le droit à percevoir est le droit gradué. Avant 1872 la question ne présentait pas de difficulté bien sérieuse. En effet, l'acte étant à la fois un partage ou un testament, on ne pouvait hésiter qu'entre les droits spéciaux à ces deux espèces d'actes, et l'administration usant de la faculté qui lui appartient de donner à tout acte présentant un double caractère, la qualification la plus avantageuse, s'était prononcée pour le droit de testament et aucun droit spécial n'était dû en outre pour le partage, car celui-ci ne faisait qu'un avec le testament. Mais depuis l'introduction du droit gradué à la place du droit fixe de partage, la question a changé de face. Le droit gradué était certainement plus élevé dans la majeure partie des cas que le droit de testament. Pouvait-on l'exiger ? On a soutenu que non, en disant tout d'abord que l'acte étant

un testament, on devait percevoir le droit de testament qui couvre toutes les dispositions s'y trouvant contenues et le partage en particulier, puisque le partage émanant directement du défunt, sans que les enfants aient été un instant co-propriétaires, n'était pas un véritable partage, il empêchait bien l'indivision de *se produire*, mais il n'y *mettait pas fin*, et la loi n'atteint que les partages *entre co-propriétaires*. Cette doctrine a été admise par un seul tribunal, celui de Lesparre, le 24 août 1876, mais sur un pourvoi en cassation, les parties ont renoncé à s'en prévaloir. Dès la promulgation de la loi de 1872, l'administration dans une solution du 25 novembre 1872 déclarait qu'il fallait cesser de considérer l'acte de l'ascendant comme un testament, et que, comme rien n'empêchait de lui attribuer le caractère de partage, c'était le droit de partage, ou le droit gradué qu'il convenait d'exiger. Sans doute il s'agit d'un testament et le droit de testament peut être exigé. Mais si pour la forme l'acte est un testament, quant au fond c'est un partage et aucun de ces caractères ne l'emporte sur l'autre. La Régie reste maîtressé de choisir entre eux, et si à l'origine elle s'était prononcée en faveur du premier, elle est libre de revenir sur sa décision, dès que cela lui paraît plus avantageux. La seule chose qui lui soit interdite, c'est de cumuler les deux droits, car un même contrat ne peut être assujetti qu'à un seul droit, celui de sa disposition principale, pourvu, bien entendu, que les autres dispositions n'en soient pas indépendantes. Et la disposition principale pour l'administration est, au moins en général, celle qui donne ouverture au droit le plus élevé. C'est pré-

cisément ce qui se passe ici. On perçoit d'après la disposition principale du partage testamentaire ; seulement cette disposition principale ayant changé par l'effet d'une nouvelle loi d'impôt, le droit à percevoir a également été modifié. Il n'est pas exact non plus de dire que le droit de partage, c'est-à-dire le droit gradué, doit être écarté, parce qu'il n'y a pas partage, ou tout au moins pas partage entre copropriétaires véritables. Comme le dit l'administration, le partage testamentaire « est une variété du partage d'ascendant ordinaire. Quoiqu'il soit opéré sans le concours des successibles, il a à leur égard le même caractère obligatoire que le partage anticipé entre-vifs. La nature des deux actes est identique ».

Nature juridique du partage testamentaire. — Il n'est pas nécessaire, pour qu'il y ait partage, que l'indivision ait existé entre les enfants. C'est en vue de cette indivision, c'est pour l'éviter que le père a fait son testament. Il a considéré quelle serait la situation qu'il laisserait à son décès, quels droits auraient ses enfants sur son patrimoine, et au lieu de les laisser opérer eux-mêmes un partage indispensable, il a préféré agir à leur place, et comme leur représentant. Il n'a pas voulu faire une série de legs particuliers, legs dans lesquels il aurait tenu plus ou moins compte des droits héréditaires de chacun ; son intention a été au contraire de relier les unes aux autres ses diverses dispositions par un lien juridique, de former du tout un ensemble, en un mot de faire un véritable partage, produisant tous les effets d'un partage. Le Code lui en donne précisément le droit, et c'est

ce qui distingue le partage d'ascendants de la division opérée par un testateur entre ses collatéraux. Cette dernière division ne peut produire les effets juridiques, que le Code attribue au partage effectué par l'ascendant, par exemple l'obligation de garantie, le privilège des copartageants, etc. La jurisprudence et les auteurs sont d'accord pour reconnaître au partage testamentaire tous les caractères d'un véritable partage. Merlin, dans son répertoire (V. partage d'ascendants 8), disait déjà au point de vue civil : « Il résulte tant des expressions de l'article 1075 que de l'ensemble de tous les articles composant ce chapitre, que le partage d'ascendant n'est point de sa nature une libéralité. Il peut en devenir l'objet, mais le seul but de la loi est la distribution et le partage des biens. L'unique but du législateur a été de faciliter des arrangements de famille et d'éviter les frais inséparables d'une demande en partage, » Marcadé est encore plus précis (art. 1075-1) : « Ce n'est pas précisément un testament ou une donation ; c'est un partage. Ce n'est pas proprement une libéralité, mais plutôt la consécration du droit de succession. Il ne s'agit pas de créer un droit aux biens, mais tout simplement de régler les droits successifs conférés par la loi ».

Le partage testamentaire ne contient pas plus une cessation d'indivision entre co-propriétaires que le partage anticipé entre-vifs, puisque dans les deux cas les enfants sont saisis directement des biens compris dans leurs lots respectifs. On n'a jamais contesté au partage entre-vifs son caractère de partage. Il est vrai que l'on ne perçoit pas de droit gradué, c'est qu'au partage se superpose une donation. Il

n'y a pas seulement consécration d'un droit de succession, mais aussi création d'un droit aux biens, et la perception du droit de donation empêche celle du droit de partage, le partage n'étant que la conséquence de la libéralité. Mais, comme le dit la Cour de Cassation dans un arrêt du 7 août 1860, le partage anticipé n'en est pas moins un véritable partage dans les rapports qu'il crée entre les enfants. Pour le partage testamentaire, la libéralité disparaissant, le partage subsiste toujours et le droit gradué est exigible. Ce partage remplace d'ailleurs le partage que les héritiers auraient pu faire eux-mêmes, et il n'y a aucune raison pour le traiter différemment, comme le remarque M. Réquier (*Partage d'ascendants*, 59) : « Lorsque l'ascendant fait la distribution de ses biens par un acte qui ne doit être exécuté qu'après sa mort, c'est sa succession qu'il divise entre ses héritiers, car les co-partagés sauront déjà cette qualité au moment où l'acte recevra son exécution. Sans éviter les discussions qui pourraient s'élever entre eux et rendre inutile l'intervention du juge, il opère d'avance le partage de son hérédité : c'est là tout ce qu'il fait et tout ce qu'il veut faire ». La Cour de Cassation a par plusieurs arrêts des 18 août 1859, 7 janvier 1863 et 24 juin 1868 que le partage testamentaire produisait tous les effets des partages ordinaires de succession.

On objecte, il est vrai, que la loi de 1872 ne parle que des partages entre co-propriétaires et que les lois fiscales sont d'interprétation étroite. Cela est incontestable, mais ce n'est pas outrepasser les termes d'un texte législatif que de leur donner le sens naturel que des auteurs ont eu l'intention de leur

attribuer. En 1872 on a voulu atteindre tous les partages qui, quoique déclaratifs, contenaient cependant l'indication de sommes et valeurs. On a parlé des partages entre co-propriétaires ou associés, parce que c'était là le cas le plus ordinaire, mais ces mots n'ont évidemment aucun sens limitatif. Tous les partages, quels qu'ils soient, sont certainement assujettis au droit gradué.

Les motifs qui viennent d'être indiqués suffiraient déjà pour autoriser la perception de ce dernier droit sur un acte qui est en droit civil un véritable partage, et doit être considéré de même en droit fiscal. Mais il y a plus. La loi de 1850 a encore accentué le caractère de partage au point de vue de l'enregistrement. Elle a achevé d'assimiler le partage d'ascendant, testamentaire ou entre-vifs, au partage de succession, quoiqu'en droit civil ce partage ne comporte pas de transmissions d'un lot à un autre, pour l'impôt on considère que les enfants ont été fictivement saisis des biens restés indivis, puis les ont partagés entre eux. On ne peut plus alors dire qu'il n'y a pas partage entre co-propriétaires. Les enfants sont censés avoir été co-propriétaires pour l'administration qui en déduit cette conséquence, formellement admise par la loi de 1850, que tout excédant dans la part d'un copartageant a été acheté des autres enfants et donne ouverture au droit de soulte. S'il y a soulte, c'est qu'il y a aussi partage, car c'est la même fiction, celle de la co-propriété antérieure des enfants, qui leur sert de base. L'existence de cette co-propriété, au point de vue de l'impôt, rend le partage testamentaire assimilable de tous points au partage de succession et l'assujettit aux mêmes droits.

Cette assimilation est le but essentiel qu'a poursuivi le législateur de 1850, ainsi que le montre l'Exposé des motifs du projet de loi: « La loi du 27 ventôse an IX avait soumis les démissions de biens en ligne directe contenant partage, faites conformément aux articles 1075 et 1076 aux mêmes quotités de droits que les autres donations entre-vifs en général, mais l'article 3 de la loi du 16 juin 1824 les a assimilées aux successions en ligne directe. En effet, ces actes paraissent très favorables, et l'on peut les assimiler à l'ouverture d'une succession. Aussi nous vous proposons de maintenir l'article 3 de la loi de 1824.

Mais comme la fiction ne saurait avoir plus de privilèges que la réalité, nous vous proposons aussi de statuer que les règles de perception concernant les soultes de partage d'une succession sont applicables aux partages contenus dans la démission de biens. Cette addition réparera une omission involontaire des auteurs de la loi de 1824 ». Le rapporteur de la loi de 1850 s'est exprimé d'une façon analogue en faisant ressortir la nécessité de compléter l'assimilation du partage d'ascendants avec le partage de succession.

« La jurisprudence a également reconnu que pour le droit fiscal, les lois de 1824 et de 1850 avaient établi une indivision fictive préalable au partage, et servant de base aux droits à percevoir. Un arrêt de la Chambre civile de la Cour de Cassation du 12 mai 1875 (Sir. 75, I-349) s'exprime à cet égard dans les termes suivants: « Attendu que, suivant la loi du 22 frimaire an VII (art. 69, § 7, n° 5), et la loi du 18 mai 1850, tout copartageant qui a reçu dans son

lot une part d'immeubles plus forte que celle des autres et doit pour cet excédant une soulte, est tenu d'acquitter sur cette soulte le droit principal d'enregistrement ; que la perception et la liquidation de ce droit étant fondées sur la mutation de propriété immobilière qui, au regard de la loi fiscale, est *censée* se faire à son profit, le paiement qu'il en doit opérer lui incombe, en dehors des opérations du partage, comme une charge qui lui est exclusivement personnelle.

Acceptation du partage par les héritiers. — Le partage testamentaire étant, d'après ce qui précède, un véritable partage, et pour la loi de l'impôt un partage qui est supposé postérieur à une indivision entre cohéritiers, il est difficile de soutenir dès lors que le droit gradué n'est pas exigible comme représentant l'ancien droit fixe de partage. Certaines personnes ont admis cette conséquence ; mais elles ont prétendu que le droit ne devait pas être perçu sur le testament lui-même, lequel ne constitue qu'un simple projet pouvant fort bien n'être pas maintenu, mais sur son acceptation par les héritiers. On retrouvera cette objection à propos du droit de soulte. Elle n'est d'ailleurs nullement fondée. La loi donne à l'ascendant le pouvoir de partager ses biens entre ses enfants, et ne le soumet pour cela à aucune autorisation, ni à aucune approbation.

Le testament qu'il a fait est pleinement obligatoire pour les enfants et les saisit immédiatement après le décès de la propriété de leurs lots. L'acceptation qu'ils peuvent faire est inutile et n'ajoute ni ne retranche rien à leurs droits. Sans doute, il leur est

loisible de renoncer à la succession, ce qui ferait tomber le partage, mais cette renonciation possible doit être prouvée par eux. L'administration, tant qu'elle n'en a pas eu connaissance, doit présumer l'acceptation qu'elle n'a pas besoin de prouver, et percevoir les droits en conséquence sur le partage qui est pleinement valable.

Droit de testament pour les dispositions indépendantes. — L'acte qui contient le partage testamentaire n'en est pas moins pour cela un testament ordinaire quant à la forme. Il peut contenir dès lors des dispositions de dernière volonté qui n'ont aucun rapport avec le partage, par exemple des legs au profit de tiers. Le droit de partage ne peut couvrir ces dispositions qui sont essentiellement indépendantes et doivent par suite être soumises à un droit particulier.

Ce droit est le droit de testament ordinaire, car le legs ne donne pas ouverture à un autre droit, en dehors du droit de mutation qui n'est pas perçu sur le testament.

Peu importe la nature du legs, que celui-ci soit d'une somme d'argent, ou d'une quote-part de la succession. On a prétendu, il est vrai, que dans ce dernier cas, comme l'ascendant comprend son légataire dans les attributions qu'il a faites, le partage était une conséquence du legs et que ce dernier ne devait pas être assujéti à un droit particulier. Cela n'est pas exact. De ce que le partage a dû être fait en tenant compte du legs, cela n'empêche pas les deux dispositions d'être en réalité indépendantes, si bien que le partage étant annulé, le legs subsiste

cependant. Aussi, est-il difficile de ne pas admettre l'exigibilité du droit de testament quand un legs est fait à un étranger. Il semble même que l'on doive donner une solution identique, lorsqu'il y a legs précipitaire au profit d'un des héritiers. L'enfant avantagé garde son droit au préciput malgré la caducité du partage. Il est vrai que les attributions faites par l'ascendant gardent leur caractère de partage pour le tout, même pour ce qui est destiné à fournir le montant du préciput. Mais cela autorise seulement à percevoir le droit gradué sur tout ce qui est compris dans le partage, sans lier indissolublement les deux dispositions. Si d'ailleurs le partage est la conséquence du legs, il ne l'est que pour partie, car les attributions faites aux enfants non avantagés en sont indépendantes. En outre, pour dispenser le legs d'un droit à raison de celui qui a été perçu sur le partage, ce qu'il faudrait prouver, c'est, non pas que le partage est la conséquence du legs, mais l'inverse, et cela est manifestement inexact. En outre, dès qu'il y a un préciput, le partage testamentaire perd son caractère d'acte déclaratif; il est également translatif, constitue un titre de mutation à l'égard des biens compris dans le préciput. Il est difficile dès lors que le droit gradué, qui s'applique par sa nature même aux actes ne comportant pas mutation, couvre un véritable transfert de propriété alors qu'un transfert fictif, comme celui que suppose une soulte, donne ouverture à un droit proportionnel spécial. Il ne paraît pas cependant que le droit de testament ait été exigé dans la pratique pour un simple préciput comme il l'a été pour un legs fait à un étranger.

Énonciation des dettes dans le partage. — Les héritiers étant tenus des dettes de leur auteur, il s'ensuit que les enfants donataires doivent de plein droit acquitter les dettes de l'ascendant. C'est pour eux une obligation légale qui n'est pas dans le partage testamentaire contestable comme dans le partage entre-vifs. Aussi, lorsque l'ascendant énonce dans son testament les dettes qui grèveront ses enfants après son décès, n'y a-t-il là ni obligation, ni libération, ni transport, ni délégation. Les créanciers ne peuvent se servir du testament comme d'un titre, car l'ascendant, en énonçant ce qu'il doit, n'a nullement eu l'intention de faire une reconnaissance de dette. Il a parlé moins en son nom personnel, que comme représentant ses enfants, et le droit de titre n'est pas plus exigible dans le cas actuel qu'il ne l'est sur le passif énoncé dans un partage ordinaire. Un droit n'est dû, car l'énonciation des dettes a simplement pour but de compléter le partage, la charge de les acquitter étant une conséquence de la qualité d'héritier. Le droit de titre ne serait exigible que si les créanciers étaient intervenus au partage, ou s'il résultait des termes de l'acte que le testateur a voulu leur conférer, un titre véritable.

Distraction des dettes. — Le droit gradué se perçoit sur l'actif net partagé. On suit pour cela les mêmes règles que pour les partages ordinaires de succession. Un arrêt de la Chambre des Requêtes du 8 juillet 1879 a bien, il est vrai, déclaré que l'on ne devait pas faire distraction des charges, mais c'est là une erreur certaine, le texte de la loi de 1872 étant formel. On doit donc déduire les dettes, ainsi que les

soultés qui représentent dans le lot de celui qui les reçoit, un actif déjà compris dans le lot de l'enfant qui en est grevé. Mais il faut cependant observer que si la soulte consiste dans le paiement, par l'enfant qui a reçu un excédant d'attributions, de la partie des dettes de l'ascendant qui incombe aux copartageants non grevés de la rente, on ne pourra déduire cumulativement les dettes et la soulte, car cela équivaldrait à retrancher deux fois la même dette ; une première fois comme dette et la seconde fois comme soulte.

Partage testamentaire des biens de communauté. — L'ancien droit permettait à deux époux de faire conjointement le partage de leurs biens par un seul testament. Le Code a supprimé cette facilité, comme il a interdit aux époux de se faire des donations réciproques dans un partage anticipé par un acte unique. Chaque époux doit tester séparément pour ses biens personnels. Cela peut présenter des difficultés lorsqu'il y a communauté. Un époux, en effet, ne peut seul liquider par anticipation cette communauté pour déterminer les biens qui composeront son lot et en disposer ensuite par testament. C'est ce qui a été reconnu par un arrêt de la Cour de Cassation du 13 novembre 1849, contraire, il est vrai, à des arrêts de Cour d'appel, mais qui semble cependant conforme aux principes, un co-propriétaire quel qu'il soit ne pouvant seul partager les biens indivis lui appartenant. Mais il en serait autrement, comme semblent d'ailleurs l'admettre les termes de l'arrêt, si la liquidation de la communauté était faite conjointement par les époux afin de pouvoir distri-

buer chacun leur part entre leurs enfants. Sans doute la liquidation ne serait pas absolument définitive, surtout à l'égard de la femme qui ne peut aliéner le droit de renoncer à la communauté, mais elle semble suffisante pour permettre à chacun des époux de disposer valablement des biens compris dans son lot, sauf l'effet de la renonciation à communauté par la femme ou ses héritiers. Deux arrêts des cours de Douai (3 août 1836) et Paris (23 juin 1849) ont statué en ce sens.

Pour éviter toute difficulté à cet égard, et cependant assurer au partage la garantie de la présence et de la médiation d'un ascendant, il arrive quelquefois qu'au lieu de partager soi-même ses biens entre ses enfants, on renvoie ce partage après la dissolution de la communauté, en chargeant l'ascendant survivant de l'opérer. Pour donner à cette disposition une sanction, on en fait une charge d'un legs au profit de cet ascendant, et l'on stipule même parfois que le partage comprendra tant les biens de la succession que ceux personnels au survivant. Dans ce dernier cas, on ne peut dire qu'il y ait un legs secondaire, diminuant l'importance du legs fait à l'ascendant par son conjoint. Car en lui imposant l'obligation de faire un partage de ses biens, on n'a pas voulu lui faire faire nécessairement une donation pure et simple, le partage ne supposant pas toujours chez celui qui le fait une intention de libéralité. Le testateur a surtout voulu que le survivant intervint au partage des biens leur ayant appartenu à tous deux, employât son autorité à maintenir la bonne intelligence entre les enfants et fit ce qu'il n'avait pu faire lui-même.

Droits à percevoir sur l'acceptation du partage. — On a vu que certains tribunaux avaient déclaré que le droit de partage comme le droit de soulte n'étaient pas dus sur le testament, mais seulement sur l'acte par lequel les héritiers déclaraient accepter ce testament, parce que jusque-là la mutation n'était pas parfaite et restait à la merci d'événements ultérieurs, les enfants pouvant renoncer volontairement à la succession et faire ainsi tomber le partage. Cette doctrine, n'est pas exacte, car elle repose sur une idée fausse, des effets du partage testamentaire. Ce dernier ne contient pas au profit des enfants de simples legs qui seraient inutiles, puisque les enfants sont déjà héritiers. Il se borne à diviser entre eux la succession en proportion de leurs droits héréditaires qu'il laisse intacts. C'est toujours comme héritiers que les enfants recueillent la succession, quoiqu'ils la recueillent divisément. Ils n'ont pas à accepter le partage, mais la succession, et s'ils renoncent au premier, ils renoncent aussi à la seconde. Inversement l'acceptation de la succession emporte l'obligation d'accepter le partage, même s'il n'est découvert qu'après coup. En outre les héritiers étant saisis de droit de la succession de leur auteur, cela reste applicable lorsqu'il y a un partage testamentaire. Comme le dit Demolombe : « C'est encore une conséquence de ces principes que chacun des enfants a la saisine légale des biens compris dans son lot, sans qu'il y ait de part ni d'autre aucune demande de délivrance à former, et chacun des enfants a droit, dès le jour de l'ouverture de la succession aux fruits des biens qui composent son lot (XXIII-104). » L'acceptation n'a pas, par suite, besoin

d'avoir lieu expressément, puisque l'effet du testament ne s'en produit pas moins. C'est la renonciation qui est seule nécessaire. Mais tant qu'elle n'a pas eu lieu, l'administration est fondée à exiger de suite le droit gradué.

Comme conséquence de ce qui précède, lorsque les enfants déclarent expressément, par un acte spécial, accepter le partage et s'obliger à l'exécuter, ils ne créent pas là de nouveau lien de droit entre eux : il n'y a pas non plus délivrance de legs, le testament se bornant à régler une vocation héréditaire fixée par la loi. L'acte d'acceptation est donc un acte innommé passible du droit fixe de 3 francs. Il en serait autrement si le partage testamentaire contenait outre le partage des legs au profit d'étrangers ou même une disposition précipitaire. En effet, l'attributaire du legs ou du préciput n'en est pas saisi de plein droit ; il faut qu'une délivrance lui en soit consentie, et rien n'autorise à ne pas percevoir alors le droit gradué de délivrance de legs sur le consentement donné par les enfants à l'exécution du testament. Je ferai remarquer à ce propos que l'assimilation faite pour la délivrance de legs entre le legs ordinaire et le préciput, celui-ci subsistant malgré l'annulation du partage, confirme et autorise l'assimilation proposée en ce qui concerne le droit de testament.

L'acte qui contient l'acceptation, peut contenir aussi l'indication du paiement des soultes imposées par le partage. On a soutenu que ce paiement n'était pas une disposition indépendante du partage, mais son complément impliquait acquiescement au partage et donnait seulement ouverture au droit fixe.

Cela ne paraît pas exact. Le partage ayant effet du jour du décès, la créance résultant de la soulte a pris naissance à ce moment, si bien que le droit de soulte a pu être légitimement perçu. Il y a donc paiement d'une dette préexistante et le droit de quittance paraît exigible au même titre que lorsqu'on paie une soulte stipulée dans un partage ordinaire déjà enregistré. Une seule exception doit être admise, c'est lorsque l'acte qui constate la libération de l'enfant débiteur est présenté à l'enregistrement en même temps que le partage testamentaire, car la créance née de la soulte se trouve éteinte, sinon au moment où elle est née, mais au moins dès que l'administration en a eu connaissance et le droit de quittance, d'après un principe constant, n'est pas dû sur toute dette constatée et payée par un même acte ou par deux actes simultanés.

Renonciation au partage. — Pour que l'administration ne puisse exiger les droits dus à raison d'un partage testamentaire, il est nécessaire que les enfants y aient formellement renoncé, en renonçant par là même à la succession, avant l'enregistrement. La renonciation seule est en effet susceptible de faire tomber le partage. Si les enfants ne renoncent pas de suite, mais font un acte par lequel ils déclarent ajourner leur décision, les droits n'en sont pas moins exigibles, car le partage conserve provisoirement tous ses effets et les enfants restent saisis respectivement des lots qui leur ont été assignés. Le partage est obligatoire de lui-même et n'a pas besoin d'une acceptation formelle; c'est même là un de ses principaux avantages, et pour que la perception soit mo-

difiée, il faudrait présenter à la formalité en même temps que le partage de nouveaux arrangements conventionnels librement intervenus entre les enfants tous majeurs.

Néanmoins l'administration n'use pas toujours rigoureusement des droits que la loi lui confère. Prenant en considération le délai très court qui a été fixé pour l'enregistrement du testament, et qui ne suffit en général aux enfants pour prendre un parti et moins encore à la justice pour se prononcer sur la validité du partage, elle a admis, par exemple, que les receveurs pourraient surseoir à la perception du droit de soulte, lorsqu'il y avait contestation judiciaire sur le partage, au moment où on le faisait enregistrer. La même solution doit s'appliquer au droit gradué. Elle a même été plus loin en autorisant le receveur à surseoir à la formalité même de l'enregistrement, par suite d'une contestation, et ordonnant, après l'annulation du partage, de renoncer à tous droits, y compris le droit fixe. Lorsque le receveur s'est abstenu de percevoir les droits gradués et de soulte sur le partage, soit par oubli, soit le plus souvent en présence d'une instance engagée au sujet du testament, si ce dernier se trouve annulé, ou reste sans effet devant un nouveau partage effectué par les héritiers, de nombreuses solutions administratives ont prescrit de ne pas réclamer de supplément de droit.

Annulation ou modification du partage. — Lorsque le partage a été enregistré sans qu'on ait tenu compte des contestations pouvant survenir, mais que plus tard il vienne, soit à être annulé judiciairement, soit

à se trouver modifié par un nouveau partage, ou si les enfants y renoncent, comme la première perception a été régulière, puisque les enfants étaient saisis dès le jour du décès et par conséquent au moment de l'enregistrement, on ne doit pas pouvoir exiger la restitution des droits, d'après la loi de frimaire.

- Néanmoins l'administration par application d'une décision ministérielle du 7 juin 1808, relative aux contrats de mariage non suivis de célébration autorise la restitution, lorsqu'elle est demandée et ne conserve que le droit fixe de testament de 7 fr. 50 c. De nombreuses solutions ont statué en ce sens, même à l'égard du droit gradué. L'assimilation des partages aux contrats de mariage n'est cependant pas juridiquement exacte, car pour les premiers, en cas d'une annulation, il y a réalisation d'une condition résolutoire, et pour les seconds, la célébration constitue une condition suspensive. Aussi ne faut-il voir dans les solutions précédentes qu'un nouvel exemple de la faveur que l'administration, s'inspirant des intentions du législateur, montre en diverses circonstances à l'égard des partages d'ascendants.

L'acte par lequel les enfants déclarent consentir l'exécution du testament contenant le partage n'est sujet au droit fixe, que lorsqu'il y a acceptation pure et simple. S'il y a modification au partage, l'acte intervenu n'est plus un consentement ordinaire, mais constitue un véritable partage entre cohéritiers et les droits sont dus en conséquence d'après les nouvelles stipulations.

C'est ainsi qu'un arrêt de la Cour de cassation du 23 juillet 1873 (Sir. 73-I-478) a décidé que lorsqu'un partage donnant à l'un des enfants un immeuble en

France et aux autres des biens étrangers, avec legs de la quotité disponible par préciput, était modifié en ce sens que le préciputaire renonçait à la quotité disponible, il y avait lieu au droit de soulte surtout ce qui excédait la part de l'enfant attributaire dans la valeur de l'immeuble situé en France, cet immeuble devant être considéré à part et comme formant une masse spéciale pour le droit de soulte. Mais il faudrait se garder de prendre pour une modification ce qui ne serait que l'exercice d'une option laissée par le testateur à un ou à plusieurs de ses enfants. Si par exemple on a légué à l'héritier et à son choix un immeuble ou une somme, la transaction qui constate l'option pour la somme ne renferme aucune mutation.

Si les parties se bornent à refaire le partage de l'ascendant, il n'y a évidemment lieu qu'au droit fixe, comme cela a été déjà indiqué à propos du partage entre-vifs. Mais si elles modifient le testament, change ses attributions, après que les droits d'enregistrement ont été déjà perçus, que faut-il décider? Si l'on s'en tient à la rigueur des principes, comme le partage testamentaire était pleinement valable dès le décès du testateur et a saisi les enfants de la propriété divise de leurs lots, on doit en conclure que le nouveau partage ne peut se faire qu'au moyen de mutations de propriété ou de libérations et que les droits sont dus sur ces mutations et libérations. Il y a lieu de répéter alors ce qui a été précédemment dit relativement aux partages anticipés. Cette conclusion est d'autant plus inattaquable que les enfants n'ont pas le droit de changer le

partage, uniquement parce qu'ils refusent de l'accepter. Il leur est permis d'y renoncer, mais ils renoncent par là même à la succession et ne peuvent plus dès lors disposer des biens qui la composent. Le fait de modifier simplement le partage fait donc *présumer* l'acceptation, et par suite la validité du premier partage, ce qui oblige à des mutations de propriété véritables et non plus seulement fictives, pour passer aux attributions contenues dans le second. Il est vrai que les enfants peuvent motiver leurs modifications par la nullité ou par la caducité du premier acte ; mais, ainsi qu'on l'a dit, la simple affirmation de la nullité est sans force vis-à-vis de l'administration. Une reconnaissance amiable des vices d'un acte n'empêche pas celui-ci de produire ses effets normaux, et la Régie est en droit de ne pas tenir compte de ces vices pour assujettir à l'impôt les mutations apparentes qui résulteraient des conventions intervenues entre les parties. Il n'en pourrait être autrement que si la nullité avait été reconnue par un jugement, auquel cas on a vu que l'administration autorise *benigniter*, la restitution de ce qui a été perçu. Si un second partage a lieu pour remplacer le testament annulé, les droits sont dus sur ce partage d'après des clauses propres, mais si la restitution n'a pas été faite, les enfants peuvent demander l'imputation des droits primitivement perçus sur ceux qui deviennent dorénavant exigibles. L'imputation ne semble plus être ici seulement une faveur, mais un véritable droit ; elle se distingue en effet de la restitution et n'est pas interdite au même titre. On a du reste déjà vu un exemple analogue d'imputation à propos des donations-partages faites

par plusieurs actes successifs. L'administration va même plus loin.

Dès lors qu'un partage enregistré se trouve modifié par un nouveau partage, même si le premier n'a pas été annulé judiciairement, elle considère les deux actes comme connexes et autorise l'imputation des droits primitivement perçus sur ceux dus à raison du nouvel acte. Comme conséquence de cette décision, lorsque l'imputation n'a pas été faite pour une cause ou une autre, et que les droits ont été perçus sur les deux actes, elle permet de restituer ce qui a été perçu en trop. La restitution a lieu sur le premier acte qui se trouve devenu sans effet, ainsi que de nombreuses solutions déjà citées, l'ont admis. Si la prescription empêche cette restitution, ce qui arrivera souvent, l'administration a déclaré que l'on devait restituer à due concurrence les droits perçus sur le second acte, qui n'étaient pas encore prescrits. Toutes ces décisions sont évidemment très équitables, mais elles manquent un peu de fondement juridique, la loi de frimaire ayant posé en principe que les droits régulièrement prescrits n'étaient pas restituables.

La libéralité de l'administration peut d'ailleurs être dangereuse pour elle. Comme le droit gradué et le droit de soulte (les règles, sont en effet les mêmes à cet égard pour les deux droits), étaient exigibles sur le partage testamentaire dès sa présentation à la formalité, si le receveur n'a perçu qu'un droit fixe, par suite d'une contestation engagée sur la validité de l'acte, la prescription pour le supplément à percevoir n'en commence pas moins à cou-

rir immédiatement. Si aucune solution n'est donnée à l'instance avant les deux ans fixés par l'article 61 de la loi de frimaire pour la prescription spéciale en matière d'enregistrement, le receveur devra avoir soin d'interrompre la prescription en exigeant les droits qu'il a intentionnellement ou non négligé de percevoir. On ne pourrait pas soutenir, en effet, que la prescription ne court que du jugement qui déclarera le partage valable, car ce jugement ne donne pas naissance aux droits des enfants sur leurs lots; il se borne à confirmer des droits préexistants, droits dont la Régie avait eu connaissance, et qu'elle était à même de soumettre à l'impôt. La solution serait différente s'il s'agissait d'un partage enregistré du vivant même du testateur. Dans ce cas, le droit fixe avait seul pu être régulièrement perçu. Les droits gradué et de soulte, ne deviennent exigibles que par le décès, c'est-à-dire par l'arrivée d'un terme dont l'administration n'a pas connaissance. Ainsi que cela a été jugé plusieurs fois par les tribunaux et par la Cour de Cassation, en matière de condition c'est la prescription trentenaire ordinaire qui est seule applicable, car l'on ne se trouve pas dans l'un des cas pour lesquels la loi de frimaire a établi une prescription spéciale. Cette décision est d'ailleurs indépendante de la solution qui peut être donnée à la question de savoir si c'est à l'administration à prouver le décès ou aux intéressés à le déclarer, question qui a été étudiée plus haut. La prescription biennale ne redeviendrait applicable qu'en cas de déclaration, ou si un acte quelconque intervenu entre les héritiers et enregistrés, avait permis au receveur de percevoir immédiatement, et sans qu'il

soit nécessaire d'opérer des rapprochements d'actes, les suppléments de droits exigibles.

Du débiteur des droits. — Qui est débiteur des droits dus sur le testament, qu'il s'agisse d'ailleurs du droit de soulte ou du droit gradué? Ce sont les enfants légataires, et cela indistinctement entre eux. Un jugement parle des légataires qui ont accepté. Ces derniers mots doivent s'entendre en ce sens que ceux qui renoncent à la succession, et ils sont toujours libres de le faire, sont à l'abri de toute réclamation. On peut même leur assimiler à cet égard les légataires particuliers étrangers au partage, car le partage ne peut leur nuire, et leur faire supporter des droits, auxquels finalement ils ne doivent pas participer. La règle du Code civil et de la loi de frimaire qui met à la charge de chaque légataire les frais seuls de son legs personnel doit conserver son empire. Mais à l'égard des enfants qui sont apporcionnés dans le partage, on ne peut plus les considérer comme des légataires ordinaires. Ils restent en effet héritiers, et c'est à ce titre qu'ils succèdent. Le partage testamentaire a été fait par l'ascendant à leur place et pour tenir lieu du partage qu'ils auraient été tenus d'opérer eux-mêmes, partage dont les droits eussent été solidairement à leur charge. Ils sont en outre présumés acceptants, ainsi qu'on l'a fait remarquer déjà. On se trouve donc en présence d'un véritable contrat indivisible et non d'une série de legs indépendants. Aussi doit-on pouvoir, par assimilation à ce qui a lieu dans un contrat ordinaire, poursuivre solidairement chaque enfant pour la to-

talité des droits dus. Comme le remarque M. Garnier (Rép. Gén. 12661), les cohéritiers sont censés parties au testament, puisque la loi présume leur acceptation. S'ils avaient fait un acte exprès pour consentir l'exécution du testament et l'accepter, on ne pourrait nier leur solidarité à l'égard de l'enregistrement, car il y a un contrat véritable au point de vue de la forme. Mais cette acceptation, on l'a vu, est parfaitement inutile. Elle n'ajoute rien, ni aux obligations, ni aux droits des enfants, et ne change pas la nature du lien qui les unissait. Si ce lien est suffisant pour motiver la solidarité après l'acceptation, c'est qu'il l'était aussi auparavant.

En tous cas, il ne faudrait pas pousser trop loin l'assimilation avec les contrats ordinaires et rendre par exemple le notaire responsable du paiement des droits, lorsqu'il s'agit d'un testament olographe ou mystique. Ce testament est en effet déposé chez le notaire par ordonnance du Président du tribunal qui l'ouvre seul. Le notaire ne peut le refuser. S'il n'a pas les fonds nécessaires au paiement des droits, on ne peut dès lors l'accuser de négligence, puisqu'il n'a pas été à même d'exiger le versement de ces fonds et le constituer débiteur des droits à défaut des parties. On a déjà vu une décision semblable dans l'ancien droit pour le contrôle et l'insinuation.

DU DROIT DE SOULTE

Période antérieure à la loi du 18 mai 1850. — Avant 1850 la question du droit de soute était résolue

pour le partage testamentaire de la même façon que pour le partage anticipé. L'indivision n'existant pas entre les enfants, il ne pouvait y avoir de cession d'un lot à un autre même si les lots étaient inégaux. Le droit de soulte n'était donc pas exigible. Cela fut admis à l'origine par l'administration elle-même. Mais la Régie changea ensuite d'avis et fit réclamer le droit de soulte dans les partages testamentaires, comme elle le faisait pour les partages entre-vifs. Sa prétention fut admise par certains tribunaux, mais fut cependant écartée définitivement par un arrêt de la Chambre civile de la Cour de Cassation du 21 mai 1844 (Sir. 44-I-552), arrêt qui n'avait qu'à invoquer l'absence d'indivision et les autres motifs qui avaient servi de base à la première doctrine de l'administration: « Lorsque dans un testament contenant le partage de ses biens, un ascendant a chargé un ou plusieurs de ses enfants, de soultes au profit des autres, il n'est dû aucun droit particulier d'enregistrement à raison de ces soultes, soit sur le partage testamentaire, soit sur l'acte ultérieur par lequel les enfants acquiescent à ce partage ». L'administration accepta le système de cet arrêt, qui dura peu d'ailleurs, puisque la loi du 18 mai 1850 vint bientôt assujettir tous les partages d'ascendants aux règles concernant les soultes notwithstanding les attributions divises faites aux enfants.

Loi du 18 mai 1850. Époque de son application. — La loi de 1850 a soulevé immédiatement une question transitoire, sans grand intérêt pratique aujourd'hui, mais dont la solution, au point de vue juridique, présente certaines difficultés; c'est la question de savoir à

partir de quelle époque les partages testamentaires seraient soumis au nouveau droit de soulte. L'article 9 de la loi disposait à cet égard que les actes et mutations qui auront acquis date certaine avant sa promulgation seraient régis par les lois antérieures. Il faut distinguer entre les testaments olographes et les testaments notariés, auxquels on peut assimiler les testaments olographes enregistrés du vivant de l'ascendant.

Testaments olographes. — Pour les testaments olographes faits avant la loi de 1850 et dont l'auteur était mort depuis, pas de difficulté sérieuse. Ces testaments n'ont pas acquis date certaine avant le décès qui produit la mutation et tombent par suite sous l'application de la nouvelle loi qui est antérieure à la date certaine. Au contraire, si le décès était antérieur à la loi de 1850, le droit de soulte ne serait pas exigible, même si la formalité avait lieu après. Il s'est présenté à ce propos une difficulté. Un partage testamentaire certainement antérieur à 1850 et ne contenant pas de soultes, avait fait l'objet, postérieurement à la loi de 1850, d'un acte par lequel les enfants, reconnaissant que l'égalité n'existait pas entre leurs lots, la rétablissaient au moyen de soultes imposées à certains lots. Le droit de soulte était-il exigible? On a soutenu que non, parce que la liquidation ne constituait pas une convention nouvelle, mais une simple exécution du testament et comme telle devant jouir des mêmes franchises. En réalité, on ne stipulait pas une soulte, on se bornait à faire apparaître une soulte préexistante, qui échappait à l'impôt, comme ayant pris naissance avant la loi de

1850. Ce système a été admis par un arrêt de la Cour de Cassation du 29 novembre 1854 (Sir. 55-1-132) : « Attendu que la liquidation définitive entre les enfants n'est en réalité que l'exécution du testament de leur père, dont toutes les attributions des biens ont été maintenues telles qu'il les avait faites, et que, si, par suite de l'estimation des biens et de la liquidation qui en est résultée, la soulte d'abord imposée à l'un d'eux a été accrue, ce fut, dans la pensée des copartageants, pour mieux réaliser les intentions de leur père et consolider le partage fait par lui ». Cet arrêt ne doit pas être approuvé sans réserve, quoiqu'il concorde avec le système très libéral, mais peu juridique, suivi par l'administration en matière de partage testamentaire. Il n'appartenait pas aux enfants seuls de constater une irrégularité dans le partage et de la compenser par une soulte.

Le partage est présumé exempt de vices. L'acte par lequel les enfants stipulent une soulte, au regard de l'administration, n'a pas pour but de faire disparaître une inégalité préexistante, et, par conséquent, antérieure à la loi de 1850, mais contient une mutation apparente de propriété, mutation actuelle et qui est assujettie à l'impôt, car elle n'a pas acquis date certaine avant la nouvelle législation. Mais il en serait autrement, et l'arrêt de la Cour de Cassation devrait être approuvé, si l'inégalité des lots avait été établie par un jugement, car la soulte remédierait certainement dans ce cas à une inégalité résultant du partage lui-même.

Testament authentique. — Quand il s'est agi d'un

testament notarié antérieur par sa date à la loi de 1850, on a soutenu que le partage qu'il contenait, qui n'avait cependant produit d'effet qu'au décès postérieur par hypothèse à cette même loi, devait se trouver exempt du droit de soulte, car l'authenticité lui a donné date certaine de suite. Cela est inexact. Il y a confusion entre les droits d'actes et de mutation. La soulte étant le prix d'une cession entre deux lots, le droit auquel elle est assujettie est un droit de mutation. L'article 9 de la loi de 1850 s'applique d'une manière générale aux actes et mutations prévus par cette loi. Il a pour but de déclarer que les actes resteront soumis à l'ancienne législation quand ils auront acquis date certaine avant la mise en vigueur de la nouvelle loi, et que de même celle-ci ne sera applicable aux mutations qui viendraient à se produire que si elles lui sont postérieures. Or ce n'est pas le partage testamentaire qui donne ouverture au droit de soulte, c'est la mutation, bien que celle-ci, dans l'espèce, soit purement fictive. Ce qui le prouve bien, c'est que, même si le partage ne mentionne aucune soulte, comme la mutation s'est produite, l'administration sera en droit de la rechercher et de la frapper d'une taxe. Il est vrai que la mutation a sa source dans l'acte, puisque c'est lui qui contient les attributions faites à chaque enfant. Mais cet acte n'est, en définitive, qu'un moyen de preuves; il sert à constater la volonté de l'ascendant; il lui donne même seul force obligatoire, mais, en définitive, ce n'est pas uniquement à lui qu'est due la mutation. Celle-ci a pris naissance dans la volonté du testateur, et pour qu'elle se produise, il ne suffit pas que cette volonté se soit manifestée

une première fois dans le testament, il faut qu'elle ait persisté sans changement jusqu'au décès. Peu importe donc la date du testament. Celui-ci n'existe réellement pas encore au moment où il est signé, en tant que testament. Il lui faut la consécration du temps pour devenir parfait et produire un effet quelconque. Ainsi donc, bien que la mutation soit prouvée par le testament, elle en est réellement indépendante. Pour savoir, par conséquent, si elle doit échapper ou non à la loi de 1850, il suffit de rechercher l'époque où elle a pris naissance. Cette époque est évidemment le décès ; c'est lui qui saisit les enfants, et ce n'est qu'alors que peut se placer la cession fictive d'un lot à un autre qui sert de motif à la soulte. Jusque-là la mutation non seulement n'avait pas date certaine, mais même n'existait absolument pas. Et elle ne peut évidemment être considérée comme rétroagissant jusqu'au jour du testament, car le décès n'équivaut pas ici à une condition suspensive. C'est un simple terme. Si d'ailleurs les enfants prédécédaient sans héritiers, la mutation ne pourrait jamais prendre naissance, quoiqu'au jour de la confection du testament, tous les enfants, qui s'y trouvent mentionnés existassent.

La soulte et par conséquent la mutation pourraient même donner lieu à un droit, quoiqu'il n'y eût pas de testament, si par exemple les enfants exécutaient volontairement un partage verbal fait par l'ascendant pour l'époque qui suivra son décès. Il y a donc indépendance complète entre le testament, c'est-à-dire l'acte, et la mutation, et c'est à cette dernière exclusivement qu'il faut s'attacher.

L'administration a appliqué au droit de soulte les

décisions libérales que j'ai précédemment mentionnées, relativement aux modifications survenues après le décès dans le partage testamentaire. Plusieurs même de ces décisions ont été rendues à propos du droit de soulte. On a vu du reste que la jurisprudence approuvait la voie dans laquelle elle s'était engagée, la Cour de Cassation reconnaissant par exemple qu'il appartenait aux enfants seuls de déclarer qu'une soulte avait été omise dans le partage et qu'il était nécessaire de réparer cet oubli. On n'a pas considéré qu'il y avait là un acte modifiant un acte antérieur déjà parfait, mais seulement un acte complétant ce premier acte et connexe avec lui. Comme le remarque M. Garnier (*Rép. Gén.* 12657), on ne peut qu'approuver l'équité de cette solution, mais il faut remarquer cependant qu'elle s'écarte des déductions rigoureuses du droit. Il est utile en tous cas de passer en revue les principales décisions qui sont intervenues dans la pratique, en appréciant leur caractère juridique.

Rétablissement de l'égalité en valeurs héréditaires.— A plusieurs reprises on a admis qu'il n'y avait pas lieu au droit de soulte, ni sur le partage testamentaire, ni sur l'acte rectificatif postérieur ; les deux actes étant connexes, quand le partage se trouvait modifié par un acte qui fait disparaître l'inégalité des lots au moyen d'attributions de valeurs héréditaires nouvelles, non comprises dans le partage opéré par l'ascendant. Si le partage testamentaire a déjà été enregistré au moment de la rédaction de l'acte modificatif, comme le droit de soulte a déjà été régulièrement perçu sur ce partage qui est parfait par lui-

même, il est difficile d'admettre, soit la restitution, soit l'imputation des droits sur le second partage, qui s'applique à une masse différente et est réellement indépendant du premier. Mais il en serait autrement si les deux actes, partage et acte rectificatif, étaient présentés ensemble à la formalité, car les soultes du premier se trouveraient effacées par les attributions du second, au moment précis où elles deviennent passibles de l'impôt.

Modifications au partage pour les soultes. — L'administration a été plus loin. Dans le cas où les enfants par un acte postérieur convenaient de réduire une soulte fixée par le testateur et qui se trouvait en réalité trop élevée, elle a admis la réduction de la perception. Elle a même posé en principe que l'on devait prendre pour base la liquidation et le partage définitifs par lesquels les héritiers, modifiant les attributions faites par le défunt, règlent l'importance et l'imputation des soultes entre eux. On ne doit approuver ces décisions que sous la réserve qui vient d'être précédemment indiquée.

La tendance de l'administration paraît être de faire une distinction fondamentale selon que le partage a été ou non accepté ou exécuté. S'il n'y a pas eu d'acceptation ou d'exécution, on autorise la suspension de la perception quand une contestation est engagée, et on base cette perception sur le partage définitif intervenu, en tenant compte des modifications dues aux enfants qui viennent supprimer, diminuer ou augmenter des soultes. Dans cet ordre d'idées on a admis des rectifications faites à un partage qui avait été attaqué en justice, mais y avait été confir-

mé, partage par conséquent valable, mais qui n'avait pas été exécuté. On a déclaré que le droit d'échange n'était pas dû, quand le lot d'un des enfants se trouvait attribué à un autre et réciproquement. Il est difficile de ne pas critiquer cette décision, alors surtout que les tribunaux, appelés à se prononcer avaient refusé d'annuler le partage. Ce refus devait certainement équivaloir, même dans le système suivi par l'Administration, à une acceptation volontaire, et les droits dus sur le partage étaient dès lors exigibles. Pour qu'il en fût autrement, il faudrait que la rectification résultât d'un acte de l'autorité judiciaire, parce que, dans ce cas, le partage tombant en tout ou en partie, on ne se trouve plus en présence d'une mutation apparente antérieure, mutation qui résulte du testament et met obstacle à des modifications ultérieures. D'ailleurs le fait pour les enfants d'attaquer le testament et de réussir dans leur demande doit être considéré comme un défaut d'acceptation, et les droits ne sont dûs, on l'a vu, que sur un partage que les enfants acceptent, ou tout au moins sont présumés accepter.

On pourrait peut-être admettre un tempérament à la doctrine précédente et autoriser des rectifications sans intervention des tribunaux, lorsque le partage lui-même permet de constater une irrégularité dans la composition des lots, lorsque des énonciations apparentes ne répondent pas, ou ont cessé de répondre à la réalité des faits. C'est au moment du décès que se produisent les mutations, et c'est à ce moment qu'il faut se placer pour déterminer les droits qu'elles entraînent. Il peut s'être produit dans l'intervalle qui s'est écoulé entre la confection du tes-

tament et le décès, des circonstances qui changent les résultats du partage. Il y a lieu, semble-t-il, d'en tenir compte, car elles font présumer un changement tacite de volonté du testateur, et cette volonté n'est plus exactement manifestée par le testament.

Ainsi en cas de décès d'un enfant qui a reçu un lot plus fort que les autres à charge de leur payer une soulte, le legs se trouvant caduc, la soulte cesse également d'exister et les droits ne sont pas dus. En s'inspirant du même principe on a décidé que, quand un ascendant avait donné à un de ses enfants un bien à charge de soulte, et qu'au décès ce bien se trouvait aliéné ou exproprié en partie, la soulte se trouvant réduite, le droit n'était dû que sur la soulte ainsi réduite et non sur celle qui était stipulée. Ce ne sont pas en effet les énonciations seules de l'acte qui donnent ouverture au droit, c'est la mutation qui est censée se produire entre les lots. On se base le plus souvent sur les énonciations, parce qu'elles sont présumées conformes aux faits. Mais le contraire peut arriver. Et de même que l'administration a le droit de rechercher une soulte qui n'est pas exprimée, de même les parties doivent pouvoir obtenir une réduction de perception sur une soulte dont l'inexactitude tient à des faits prouvés et postérieurs à sa stipulation. Il faut observer en outre que l'aliénation intégrale du bien aurait fait disparaître toute cause de perception et que cette aliénation partielle doit en autoriser au moins la réduction.

Lorsque le partage testamentaire a été ou exécuté ou formellement accepté, l'administration revient aux véritables principes, et tout acte qui le modifie

est considéré comme indépendant. Les droits sont perçus alors à raison des mutations véritables ou simplement apparentes que constate cet acte. Il suffit de renvoyer à cet égard à ce qui a été dit à propos des partages anticipés.

Calcul de la soulte. — D'après quelles règles doit-on calculer la soulte et la soumettre au droit de mutation? En principe, il faut appliquer ici les mêmes principes que pour les partages anticipés entre-vifs. L'imputation doit, par exemple, se faire de la manière la plus avantageuse aux parties lorsque le testateur n'a rien dit à cet égard. S'il y a des créances, on impute d'abord la soulte sur elles, ce qui ne donne ouverture qu'au droit de un pour cent, comme l'a reconnu le tribunal de Nice par jugement du 25 novembre 1867, puis sur les meubles, et sur les immeubles. On sépare les meubles des immeubles, même s'ils sont attribués collectivement, contrairement à ce qui a lieu en matière de vente d'après l'article 9 de la loi de frimaire. On a même permis de tenir compte pour le calcul de la soulte de biens qui, sans être absolument laissés dans l'indivision, n'étaient l'objet que d'une attribution de quotité. Dans une espèce où le testateur avait attribué ses immeubles à certains enfants à charge de soulte et déclaré que ses meubles reviendraient par parts égales à ses enfants, sans les partager lui-même matériellement, elle a décidé que les enfants pourraient justifier par acte notarié des meubles qui existaient au décès et que la soulte s'imputerait d'abord sur ces meubles. En principe cependant, on ne tient pas compte, dans les partages ordinaires, pour le

calcul de la soulte des valeurs laissées indivises, qui en effet ne font pas partie de la masse. La décision précédente peut s'expliquer en fait, parce qu'il est difficile à l'ascendant, dans un testament rédigé souvent longtemps à l'avance, d'attribuer individuellement ses meubles à ses enfants, la consistance du mobilier variant souvent, et qu'en conséquence il ne lui est guère possible que d'indiquer de quelle façon il désire que le partage soit opéré. Sa volonté est d'ailleurs obligatoire pour ses descendants.

Rente viagère constituant une soulte. — Quand la soulte consiste en une rente viagère, on doit l'évaluer d'après sa valeur vénale puisqu'elle représente un prix de vente et non en multipliant son chiffre par dix comme lorsqu'elle est constituée à titre gratuit.

Un enfant peut ne recevoir comme attribution qu'une rente viagère. Sauf le cas d'annulation postérieure du partage pour inobservation des règles sur le partage en nature, quand celui-ci est possible, la rente n'en constitue pas moins une soulte véritable. On ne peut la considérer comme un legs ordinaire fait à l'enfant, ou comme le prix d'une vente de droits successifs imposée par le testateur. C'est un des lots d'un partage testamentaire, et comme ce lot est destiné à remplacer pour l'attribution sa part héréditaire dans les biens de succession, la rente donne ouverture au droit de soulte sur la totalité de sa valeur.

Comme pour le partage ordinaire, l'inégalité dans la répartition des dettes indique une inégalité correspondante dans l'attribution de l'actif. On doit,

pour la soulte, tenir compte, non de la valeur *nette*, mais de la valeur *brute* des biens transmis par le défunt à ses descendants, car c'est cette valeur brute qui est supposée transférée d'un lot à l'autre moyennant une soulte. Quand un enfant est chargé de payer une part de dettes plus forte que sa part virile, c'est évidemment qu'il a reçu plus que ses copartageants et l'excédant de l'actif est compensé par l'excédant de passif. La soulte peut consister aussi bien dans les sommes payées à la décharge d'un enfant que dans celles qui lui sont payées directement.

Remise d'une somme dans la masse. — L'ascendant impose quelquefois à l'un de ses enfants de remettre une somme dans la succession et par suite dans la masse. Il faut se garder d'exiger le droit de soulte sur la totalité de cette somme. En effet le débiteur, comme copartageant, a droit à sa part virile dans cette somme, et il ne peut y avoir soulte pour cette part. Le droit n'est dû que sur l'excédant, c'est-à-dire sur ce qui reste de la somme, déduction faite de la part héréditaire d'un des enfants dans cette somme.

Pour l'évaluation des biens partagés, c'est au décès qu'il convient de la faire, car c'est à ce moment que le partage produit son effet, et c'est aussi à ce moment que sont censées avoir lieu les mutations fictives entre les lots. C'est également d'après la valeur des biens au décès, qu'au point de vue civil, on doit déterminer si le partage a été régulièrement fait et ne contient aucune lésion. Pour décider autrement, il faudrait se trouver en présence d'une vo-

lonté contraire nettement exprimée par l'ascendant, et encore pourrait-on soutenir qu'il n'y a pas lieu d'en tenir compte, la règle qui existe à cet égard pour les partages anticipés devant, *a fortiori*, s'appliquer aux partages testamentaires.

Distinction entre le partage testamentaire et le legs avec charges. — De même qu'on a cherché à faire passer des donations-partages avec soultes pour des donations ordinaires avec charges afin d'éviter le droit de soulte, de même on a souvent prétendu qu'un partage testamentaire n'était qu'une réunion de legs avec charges. Mais l'administration n'est nullement liée à cet égard par les déclarations des parties. Elle peut restituer à un acte son vrai caractère. Pour vérifier si on est en présence d'un véritable partage on ne doit s'attacher qu'au fond même des dispositions prises par l'ascendant et non aux termes qu'il a employés, aucune formule solennelle n'étant d'ailleurs imposée par la loi à l'ascendant qui désire effectuer le partage de ses biens. C'est uniquement une question de circonstances, et d'interprétation de la volonté des parties. Il faut surtout remarquer, dit Demolombe (23, n° 51) que, « tandis que les legs ordinaires sont *individuels*, le partage est, au contraire, collectif; régulièrement il comprend tous les enfants et descendants; et cela, en apportionnant chacun d'eux, en proportion de la part héréditaire, à laquelle il est appelé par la loi ». Cette différence n'est cependant pas essentielle, car de même que l'ascendant peut avoir voulu faire un véritable partage, tout en ne maintenant pas l'égalité des vocations héréditaires, ou encore en ne faisant des attributions qu'à certains

enfants, de même il peut avoir fait à chaque enfant des legs individuels sans avoir voulu faire entre eux un partage. La question du rapport peut avoir aussi de l'influence. Si le rapport des biens légués est obligatoire, on sera plutôt en présence d'un legs. Mais inversement, il y aura le plus souvent partage, et non legs, lorsqu'un enfant reçoit une attribution qui ne l'avantage pas individuellement, mais a surtout pour but d'éviter l'indivision entre héritiers et est faite à charge de rapporter la valeur en argent du bien légué, ou de payer aux autres enfants des sommes ou rentes représentant leurs parts dans ce bien. Quand il s'agit de certains objets légués séparément, par exemple d'un immeuble, l'attribution qui en est faite dans les termes et de la manière qui précèdent, constitue une espèce de vente de droits successifs imposée par testament. Les règles à cet égard sont à peu près les mêmes d'ailleurs que pour le partage anticipé. Lorsque le testament dispose de tous ou de presque tous les biens appartenant à l'ascendant lors de sa confection, c'est là une présomption des plus sérieuses en faveur de l'existence du partage testamentaire, surtout si à cette circonstance se joint celle d'une certaine liaison entre les divers legs faits à chacun. Il n'est en outre nullement nécessaire que chaque enfant ait reçu des biens en nature pour toute ou partie de son attribution. De nombreuses décisions ont été rendues en ce sens.

Il y a partage par exemple quand le père institue certains enfants seulement légataires universels et lègue aux autres des sommes fixes ou des rentes viagères qui devront être payées par les enfants légataires. L'obligation de rapporter une somme dé-

terminée à la succession à raison de l'attribution exclusive de certains biens ou encore de tous les biens appartenant à l'ascendant, ayant pour but de saisir immédiatement l'attributaire seul de la propriété de ces biens et d'éviter l'indivision, constitue un partage testamentaire passible du droit de soulte. Un arrêt de la Cour de Cassation du 8 juillet 1879 a considéré qu'il y avait partage dans l'attribution universelle de tous les biens à certains enfants à charge de payer des sommes aux autres : « Attendu qu'un tel acte contient tous les caractères et produit tous les effets d'un partage anticipé avec soulte, quelles que soient, d'ailleurs, la forme et la dénomination que son auteur ait voulu lui donner ».

Si le testateur ne comprend dans ses dispositions que quelques-uns de ses biens, ou même un seul, il sera souvent plus difficile de voir dans son acte un partage, car d'ordinaire le partage d'ascendants règle la dévolution entière de la succession. Mais si le bien qui fait l'objet du legs est considérable, s'il constitue la majeure partie de la fortune de l'ascendant, si surtout le testament, en le léguant à tel ou tel enfant, règle la part des autres enfants et leur attribue des compensations à raison de leurs droits dans le bien en question, l'intention de l'ascendant de déterminer de son vivant le sort de ce bien et de le soustraire au partage qui doit avoir lieu après son décès, autrement dit d'en faire le partage testamentaire est dès lors évidente. Aussi les tribunaux ont-ils plusieurs fois reconnu l'exigibilité du droit de soulte quand ces circonstances leur ont paru exister.

Ils ont notamment considéré comme un partage testamentaire le legs par préciput d'un immeuble à

charge de payer aux autres enfants non légataires une somme ou une rente égale à leur part dans le legs par préciput. Cette charge avait pour effet en réalité de détruire complètement le préciput, puisque le prétendu préciputaire ne recevait pas plus que ses frères et sœurs.

Legs par préciput. — Jusqu'ici on a essentiellement supposé que l'on se trouvait en présence d'un partage fait également entre tous les enfants et par conséquent que tout excédant d'un lot devait se trouver compensé par une charge déterminée, qui constituait une soulte. Mais l'ascendant peut avoir fait une disposition par préciput au profit d'un de ses descendants comme au profit d'un tiers. S'il s'agit d'un tiers, il n'y a pas à s'en préoccuper ici. Mais lorsque c'est un successible qui reçoit un legs préciputaire, ce legs, quoique incorporé dans le partage, quoique donnant lieu à des attributions faites, comme les autres, à titre de partage, n'en a pas moins une existence indépendante du partage. C'est toujours un *legs*, et à ce titre il peut être grevé de charges qui ne constituent pas de soultes. Sa situation est à cet égard la même que pour les donations faites par préciput dans les partages anticipés. Le droit de soulte n'est pas exigible, pourvu, bien entendu, que la charge imposée soit en rapport avec l'importance du préciput et avec les droits des cohéritiers. « Le motif de la perception du droit de soulte, dit M. Garnier (*Rép. Gén.* 12650) étant que le successible loti en argent est censé avoir cédé lui-même sa portion dans le bien attribué à son copartageant, il est clair qu'il n'y a pas de mutation possible quand ce successible

n'a jamais eu aucun droit dans le bien. Or, c'est précisément ce qui a lieu à l'égard des valeurs léguées par préciput dans les limites de la quotité disponible. Le père de famille pouvait disposer à sa fantaisie de cette portion de sa fortune; s'il en a gratifié l'un de ses enfants à l'exclusion des autres, ceux-ci ne peuvent pas prétendre que leur frère est devenu propriétaire de leur portion dans l'objet du legs préciputaire, puisqu'ils n'y ont jamais eu aucun droit ni avant ni après le décès du testateur. En conséquence, la somme dont le légataire est tenu de faire la remise à ses cohéritiers ne saurait représenter le prix d'une cession passible du droit de soulte ». Par application de ce principe on a refusé d'autoriser la perception du droit de soulte sur la somme versée à leurs cohéritiers par deux enfants attributaires de certaines valeurs par préciput.

Mais il ne suffirait de dire qu'une disposition est faite par préciput pour que le droit de soulte ne soit pas exigible. Il faut qu'il y ait un préciput réel au profit de l'enfant légataire, c'est-à-dire que le bénéfice net qu'il retire du legs soit supérieur à sa part héréditaire dans l'objet légué. Si les circonstances et la nature de charges montrent que l'enfant qui a reçu un préciput est obligé de tenir compte à ses cohéritiers de leurs droits dans les biens composant son legs, il y a simple partage et non legs préciputaire de ces biens. La charge constitue alors une soulte ordinaire assujettie à l'impôt. Mais il est nécessaire d'examiner avec soin les circonstances de chaque affaire pour déterminer s'il y a ou non legs par préciput. Il faut des présomptions très sérieuses pour pouvoir écarter la qualification donnée à sa

disposition par l'ascendant et transformer celle-ci en un simple partage. La fraude ne doit être prouvée car elle ne se présume pas, et il est toujours très grave d'attaquer, dans un but fiscal, la validité d'un acte qui se présente, dit encore M. Garnier, comme la manifestation régulière de l'autorité du père de famille. Quoi qu'il en soit, plusieurs tribunaux ont refusé de considérer comme un véritable préciput certaines dispositions auxquelles ce titre paraissait n'avoir été donné que pour éviter des droits d'enregistrement.

Legs secondaires. — Quand, comme charge d'un préciput, l'ascendant impose à un de ses enfants l'obligation de payer une somme, ou une rente viagère au profit des autres enfants, cette somme ou cette rente constituent un véritable legs secondaire au profit des bénéficiaires. Il n'est pas nécessaire en effet pour un legs que les deniers destinés à le payer existent en nature dans la succession, et peu importe qu'il soit fait sous la forme d'une condition imposée à une libéralité principale. Pour les legs de sommes d'argent notamment, il arrive très rarement que la succession renferme les deniers nécessaires à les acquitter. Cela n'empêche pas le légataire d'avoir un droit direct contre celui qui est grevé à son profit et de pouvoir lui réclamer la délivrance de son legs. Cela a été maintes fois reconnu en droit civil, en particulier par un arrêt de la Cour de Colmar du 10 mars 1832 et un arrêt de Cassation du 27 novembre 1833. Il n'y a aucune raison pour ne pas étendre cette doctrine au droit fiscal, et c'est ce qu'ont fait les tribunaux en exigeant le droit de mutation

par décès sur les legs secondaires. En général, la question offrira peu d'intérêt pour l'administration, car le droit de mutation à payer par l'enfant bénéficiaire du legs secondaire est le même que celui dû par le précipitaire, le legs secondaire devant, bien entendu, s'imputer sur le legs principal, conformément aux principes en cette matière, et diminuer d'autant le montant net de ce legs principal. Mais si le legs secondaire est fait à un autre qu'à un enfant, comme les droits de mutation sont plus élevés entre collatéraux ou entre étrangers, l'administration pourra demander à ce que ce legs soit déclaré à part, et que les droits soient calculés, non plus à un pour cent, mais d'après le degré de parenté du bénéficiaire. Si la charge imposée au précipitaire est un usufruit, celui-ci ne donnant pas lieu à déduction, il y aura lieu de le superposer au legs principal et de faire payer les droits en conséquence. L'existence du legs secondaire est encore intéressante à un autre point de vue. Tandis que les enfants ne peuvent renoncer à la succession sans renoncer en même temps à leurs attributions à titre de partage et réciproquement, ils peuvent au contraire conserver leurs droits aux legs particuliers qui leur sont faits, tout en renonçant à la succession, car la qualité d'héritier est indépendante de celle de légataire. Si donc l'ascendant a attribué par exemple tous ses biens à un seul enfant à charge de payer aux autres une rente qui constitue un legs secondaire, ceux-ci peuvent renoncer à la succession tout en recueillant leur legs. Aucun droit de soulte n'est exigible, car un seul enfant succédant, la situation est la même que s'il avait toujours été héritier unique, ce qui

exclut la possibilité d'un partage. Les crédi-rentiers sont devenus de véritables tiers légataires, et à ce titre la délivrance qu'on leur fera de leur rente viagère donnera ouverture au droit gradué de délivrance de legs.

Partage partiel. — Quand le partage fait par l'ascendant ne comprend qu'une partie de ses biens, cela n'empêche pas la perception du droit de soulte, si le partage partiel n'a pas été fait respectant l'égalité. On ne peut subordonner le droit à un règlement ultérieur qui viendrait compenser les inégalités au moyen de valeurs de succession. Cela a été admis en matière de partage ordinaire par de nombreux arrêts de Cassation rendus notamment de 1845 à 1850, et il faut d'autant moins hésiter à rendre cette règle au partage testamentaire qu'elle n'est qu'une application d'un principe plus général d'après lequel les droits doivent être perçus immédiatement sur les actes d'après leurs stipulations actuelles, sans tenir compte des modifications éventuelles qui peuvent leur être apportées. On a cependant soutenu le contraire pour le partage testamentaire, lorsque l'ascendant en partageant inégalement ses biens déclarait que la moins-value de certains lots serait comblée à son décès avec d'autres valeurs de succession. Il n'y a pas alors soulte, car la soulte est une somme à payer par l'héritier avantagé et ne consiste pas en valeurs de succession. En outre, le partage testamentaire est toujours provisoire et subordonné à une liquidation ultérieure. Cela n'est nullement exact et en opposition avec les principes de l'enregistrement que l'on vient d'énoncer ainsi qu'avec le

caractère juridique du partage d'ascendant qui produit tous ses effets immédiatement après le décès. La décision serait, il est vrai, autre si, en même temps que le partage testamentaire, on présentait à l'enregistrement un partage général de la succession rétablissant l'égalité, conformément au vœu émis par l'ascendant, et n'attribuant à chacun que sa part héréditaire. Ce partage peut du reste, ou comprendre toute la succession avec les biens déjà distribués par l'ascendant, ou ne s'appliquer qu'aux biens restant à partager dont l'attribution est faite inégalement, mais en sens inverse des dispositions contenues dans le testament. Aucun droit de soulte ne serait dans ce cas exigible, ainsi qu'on l'a déjà dit, la soulte se trouvant éteinte par confusion au moment même où elle est portée à la connaissance de l'administration, et c'est ce qui a été consacré par un arrêt de la Cour de Cassation du 23 juillet 1873.

En outre rien n'empêche d'appliquer à l'hypothèse précédente les tempéraments que l'administration a généralement admis en faveur du partage testamentaire, lorsque celui-ci se trouve refait ou modifié à la suite d'une contestation judiciaire, ou avant son acceptation par les intéressés. Quoique ces tempéraments n'aient pas un fondement juridique très certain, du moment où on a cru pouvoir les introduire dans la pratique pour raison d'équité, le même motif prescrit de les étendre à des hypothèses où l'existence d'une soulte est souvent involontaire de la part de l'ascendant, qui espérait pouvoir rétablir l'égalité avec les autres valeurs de son patrimoine. Pour un partage stipulant que les différences de lots en immeubles seraient réparées au

moyen de prélèvements sur les meubles, on a permis aux enfants de prouver la consistance des meubles par un inventaire notarié et d'échapper aussi au droit de soulte. On a déjà vu quelque chose d'analogue en matière d'imputation. On a également prescrit de ne pas exiger le droit de soulte qu'on a omis de percevoir sur le partage testamentaire quand un second partage vient rétablir l'égalité au moyen des valeurs de succession. On pourrait même, si le droit avait été perçu, en autoriser la restitution lorsque la prescription biennale n'est pas encore acquise.

Époque de la perception du droit. — A quel moment a lieu la perception du droit de soulte? Bien que ce droit atteigne une mutation, comme cette mutation est constatée par le testament et en résulte, c'est lors de l'enregistrement du testament que le droit est exigible. De même pour un partage ordinaire, le droit de soulte est perçu dès que ce partage est présenté à la formalité, car il est alors parfait et la mutation, dont la soulte est le prix, s'est déjà opérée. Le partage testamentaire étant définitif, le jour du décès, sans avoir besoin d'aucune acceptation ni ratification, le droit de soulte est immédiatement exigible. Les règles à cet égard sont les mêmes que pour le droit gradué, et il suffit de renvoyer à ce qui a été précédemment dit à ce sujet.

Soulte non exprimée. — Si le partage testamentaire ne contient aucune stipulation de soulte, mais que cependant il y ait un excédant pour certains lots, cet excédant suffit à motiver la perception du droit

de soulte. Sans doute il n'y a pas à craindre ici de dissimulation du fait des copartageants, car le partage est l'œuvre exclusive de l'ascendant; mais la seule constatation d'une inégalité entre les lots autorise l'administration à exiger un droit de cession même en l'absence de toute dissimulation. Il n'y a qu'à appliquer ici les principes déjà exposés à propos du partage entre-vifs, la question étant identique dans les deux cas, et il en est de même en ce qui concerne le droit d'expertise pour arriver à déterminer l'importance exacte des soultes et à contrôler les déclarations contenues dans le partage.

Prédéces d'un des héritiers. — L'un des héritiers que l'ascendant a apportionnés dans son testament peut être décédé au moment où s'ouvre la succession. La question de l'influence de ce décès sur le partage a donné lieu, en droit civil, à une assez vive controverse, qu'il n'y a pas lieu d'exposer ici, mais dont il suffit d'exposer les résultats afin d'en faire l'application à l'impôt de l'enregistrement et aux soultes en particulier. Si c'est un enfant qui a reçu un préciput qui vient à prédécéder, comme le préciput constitue un legs particulier fait *intuitu personæ*, il devient caduc en vertu de l'article 1039 Civ., et les biens qui le composaient restent dans la masse commune et accroissent aux héritiers survivants en proportion de leurs droits. S'il s'agit au contraire d'un enfant qui n'a reçu que sa part héréditaire, il y a deux hypothèses à distinguer.

1^o L'enfant a laissé des descendants. Quoique les cours de Bordeaux (2 mars 1831) et d'Agen (23 décembre 1847) aient décidé le contraire, on admet gé-

néralement que les descendants représentent leur auteur et prennent sa place dans le partage, en recueillant le lot qui lui avait été attribué. Le prédécès est alors sans influence sur la perception.

2° L'enfant est décédé sans postérité. Dans ce cas ses héritiers collatéraux ne peuvent le représenter, mais faut-il annuler le partage pour le tout parce que ses éléments se trouvent modifiés? Il semble que non, et l'on peut se ranger dès lors à l'opinion de Demolombe, qui a généralement prévalu dans la pratique et qui consiste à dire que le partage doit être maintenu à l'égard des enfants survivants. Pour les biens formant le lot de l'enfant prédécédé, il y a lieu, suivant les termes de l'acte et la volonté testamentaire qui en résulte, soit au partage de ces biens entre les survivants, conformément à l'article 1077 Civ., soit au droit d'accroissement, d'après les proportions établies par le partage, entre les enfants survivants, si en effet, le partage a été précédé d'une institution universelle faite conjointement au profit de tous les enfants. En ce sens on a décidé que la soulte attribuée par le partage au prédécédé devait être répartie entre les autres enfants, mais n'était pas annulée, et que l'on devait percevoir les droits d'après le résultat fourni par cette répartition.

Partage conditionnel. — Pour terminer l'étude du partage testamentaire, il ne reste plus qu'à examiner l'influence que peut exercer une condition sur la perception des droits. Il n'y a qu'à appliquer ici les principes généraux. Rien n'empêche de rendre un partage testamentaire conditionnel par une stipulation expresse. Si par exemple le testateur impose à

deux de ses enfants au profit du troisième la charge d'une rente viagère qui ne peut être déterminée et ne doit commencer à courir qu'au décès de leur mère, le droit de soulte n'est alors dû qu'au moment de ce décès qui représente la condition mise au partage. Si après ce décès, les héritiers font entre eux une transaction pour fixer le montant de la rente, cette transaction permet de percevoir le droit de soulte, et y oblige même le receveur. Mais il faut avoir soin de ne réclamer ce droit que sur ce qui constitue une soulte véritable et non sur un simple rapport, par exemple sur une somme payée par l'un des héritiers en l'acquit de l'autre en valeurs de succession, alors que cette somme a été imputée sur la part de ce dernier. Quand le droit de soulte se trouve différé, la prescription ne court pas du jour de l'enregistrement du partage testamentaire, mais seulement du jour de l'événement qui donne ouverture au droit. Cette prescription est alors la prescription ordinaire de trente ans. Elle ne se réduit à deux ans que si l'administration a été mise en mesure de percevoir immédiatement, par exemple à propos d'un acte qui lui est présenté et qui constate la réalisation de la condition. Ainsi dans l'hypothèse précédente c'est le jour de l'enregistrement de la transaction qui sert de point de départ à la prescription biennale, car la régie pouvait percevoir le droit de soulte sur cette transaction, le même effet serait produit par une déclaration spontanée faite par les parties, et denonçant le décès au receveur qui a enregistré le partage. Sans déclaration, le décès, comme toute condition, ne fait courir que la prescription trentenaire.

POSITIONS

DROIT ROMAIN

- I. — Quand un co-propriétaire a intenté seul l'action confessoire pour une servitude et a échoué, ses co-propriétaires ne peuvent agir à nouveau (L. 19, D. VIII-5).
- II. — La rédaction de l'*intentio* ne peut servir de base à la distinction des actions réelles et personnelles (L. 12. D. VIII-5).
- III. — La *novi operis nuntiatio* fait abdiquer la possession au *nuntians* (5-17, D. XXXIX-1).
- IV. — Le copartageant évincé à la suite d'un partage amiable ne peut réclamer la résolution du partage.

DROIT CIVIL

- I. — La femme séparée de biens peut acheter un immeuble au comptant.
- II. — Le partage testamentaire n'est pas nul lorsque

l'un des descendants prédécède en laissant des enfants.

III. — Le premier procès-verbal prévu par l'article 2103 pour le privilège des architectes doit être inscrit avant le commencement des travaux.

IV. — Le lot ou la prime attachés à un titre ne tombent dans la communauté que si le titre a été acquis au cours de la communauté.

DROIT INTERNATIONAL

I. — En temps de guerre, outre l'obligation de s'abstenir de tout acte de guerre, les neutres doivent se maintenir sur un pied d'égalité parfaite envers chaque belligérant.

ENREGISTREMENT

I. — Le transport fait au profit d'un locataire principal d'un bail antérieur compris dans sa location et dont il percevra les loyers donne ouverture au droit de cession de créance sur tous les loyers à échoir.

II. — Quand une société en commandite admet la délivrance de titres individuels dont le transfert peut se faire librement, c'est, malgré la qualification qui lui a été donnée, une société par actions soumise au droit de 3 pour

100 conformément à l'article 2, § 1 de la loi du 29 juin 1872.

- III. — La cession du bénéfice d'une promesse unilatérale de vente d'immeubles n'est pas translatrice de propriété immobilière et par suite ne saurait, pas plus que la promesse elle-même, donner ouverture au droit proportionnel de mutation immobilière.

DROIT ROMAIN

POSITIONS PRISES DANS LA THÈSE

- I. — L'action *familiæ erciscundæ* est une action *sui generis* qui n'est ni personnelle, ni réelle.
- II. — Le partage est rescindable à Rome, pour cause de lésion.

ENREGISTREMENT

- I. — La démission de biens, faite au profit d'un enfant unique, doit être soumise au droit de 1 pour 100.
- II. — Le descendant au profit duquel a été faite une institution contractuelle, peut réclamer le bénéfice de la loi du 16 juin 1824.
- III. — Le partage effectif des biens n'est pas néces-

saire pour l'application de la loi du 16 juin
1824.

IV. — Doit être taxée comme partage d'ascendants
la donation de sommes payables à terme
faite à plusieurs descendants

Vu par le Président,
DEMANTE.

Vu par le Doyen,
COLMET DE SANTERRE.

Vu et permis d'imprimer,
Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,
GRÉARD.

Imp. des Écoles, H. JOUVE, 23, rue Racine, Paris.

